

آثار برگزیدهٔ حقوق - ۹

دورهٔ حقوق مدنی

خانواده

جلد دوم

اولاد

روابط پدر و مادر و فرزندان

نسب، همبستگی خانوادگی، حمایت از کودکان

فرزندخواندگی

با تجدید نظر کامل و اضافات

دکتر ناصر کاتوزیان





آثار برگزیدهٔ حقوق - ۹

دورهٔ حقوق مدنی

خانواده

جلد دوم

اولاد

روابط پدر و مادر و فرزندان

نسب، همبستگی خانوادگی و حمایت از کودکان

فرزندخواندگی

با تجدید نظر کامل و اضافات

دکتر ناصر کاتوزیان



سرشناسه: کاتوزیان، ناصر، ۱۳۰۶-
عنوان قراردادی: ایران. قوانین و احکام
عنوان و نام پدیدآور: دوره حقوق مدنی خانواده / ناصر کاتوزیان
وضعیت ویراست: ویراست ۳.
مشخصات نشر: تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
مشخصات ظاهری: ۲ ج. ج. ۲: ۴۰۸ ص.
فروست: آثار برگزیده حقوقی؛ ۹.
شابک: ISBN 978-964-5735-31-7 (set)
ISBN 978-964-325-261-8 (Vol. II)
وضعیت فهرست‌نویسی: فیپا.
یادداشت: فهرست‌نویسی فیپا بر اساس جلد دوم.
یادداشت: کتاب حاضر اولین بار تحت عنوان "حقوق مدنی خانواده" منتشر شده است.
یادداشت: ج. ۲: اولاد، روابط پدر و مادر و فرزندان، نسب، همبستگی خانوادگی و حمایت از کودکان، فرزندخواندگی.
موضوع: حقوق مدنی - ایران.
موضوع: حقوق خانواده- ایران.
رده‌بندی کنگره: KMH۵۰۰/ک۲ح۷۳ ۱۳۸۹
رده‌بندی دیویی: ۳۴۶/۵۵۰۱۵
شماره کتابشناسی ملی: ۲۰۸۴۴۹۵

دورهٔ حقوق مدنی

خانواده- جلددوم

اولاد، روابط پدر و مادر و فرزندان

نسب، همبستگی خانوادگی و حمایت از کودکان، فرزندخواندگی

ویرایش جدید با تجدید نظر کامل و اضافات

تألیف : دکتر ناصر کاتوزیان

ناشر : شرکت سهامی انتشار

چاپ اول : ۱۳۸۹

چاپخانه حیدری : ۳۵۰۰ نسخه

۱۰۵۰۰ تومان



دفتر مرکزی: تهران، خیابان جمهوری اسلامی، نرسیده به میدان بهارستان،جنب خیابان ملت، شماره ۹۲

کدپستی: ۱۱۴۳۹۶۵۱۱۸ تلفن: ۳۳۹۰۴۵۹۲ دورنگار: ۳۳۹۴۸۸۶۲

WWW.ENTESHARCO.COM Email: info@entesharco.com

فروشگاه مرکزی: تهران، خیابان جمهوری اسلامی، نبش خیابان ملت، شماره ۹۲، تلفن: ۳۳۱۱۴۰۴۴ دورنگار: ۳۳۹۹۴۸۵۹

فروشگاه شماره ۱: تهران، میدان انقلاب، بازارچه کتاب، تلفن: ۶۶۴۱۳۶۸۴ دورنگار: ۶۶۹۶۷۱۰۴

فهرست عنوانهای اصلی

فهرست خواندنیها

قرائت و تمرین

نشانه‌های اختصاری

ق. م.	قانون مدنی
ق. م. ا.	قانون مجازات اسلامی
ق. م. ع.	قانون مجازات عمومی
ق. ت.	قانون تجارت
ق. ث.	قانون ثبت
ق. ا. ح.	قانون امور حسبی
ق. آ. د. ک.	قانون آئین دادرسی کیفری
ق. آ. د. م.	قانون آئین دادرسی مدنی
ق. م. م.	قانون مسؤولیت مدنی
ر ک.	رجوع کنید
ج.	جلد
چ.	چاپ
س.	سطر
ش.	شماره
ص.	صفحه
ع.	علیه‌السلام
دالوز.	مجلهٔ Dalloz سالیانه از رویهٔ قضایی فرانسه
سیری.	مجلهٔ Sirey سالیانه از رویهٔ قضایی فرانسه

مقدمه

۳۳۵. مفهوم اولاد و نسب:

اولاد، جمع ولد، به معنی فرزند است. این کلمه به دو مفهوم عام وخاص به کار می‌رود: به معنی عام، شامل تمام کسانی است که از نسل شخص به طور مستقیم به وجود آمده‌اند، خواه بی واسطه یا با واسطه. در این معنا، نواده‌های شخص نیز، هر اندازه پایین برود، در زمرهٔ اولاد است. اما به معنای خاص، به کسانی گفته می‌شود که بی واسطه از نسل شخص به وجود آمده‌اند. در کتاب هشتم قانون مدنی کلمهٔ «اولاد» به معنی خاص آن به کار رفته است. زیرا، جز در مورد انفاق اقارب و ولایت جد پدری، مقصود تنظیم روابط پدر و مادر و فرزندان ایشان در خانواده است.

نکتهٔ دیگری را که دربارهٔ معنای خاص اولاد باید افزود این است که، در قانون مدنی و فقه «اولاد» به کودکانی گفته می‌شود که دارای نسب مشروع هستند و قانون آنان را وابسته به پدر یا مادر یا هر دو می‌داند. کودکانی که دارای نسب مشروع نیستند با پدر و مادر طبیعی خود نسبتی ندارند و نمی‌توان آنها را «ولد» یا فرزند نامید.

«نسب» در لغت به معنی نژاد و اصل و خویشاوندی است[1]، ولی در کتاب هشتم «نسب» یکی از عنوان‌های فرعی اولاد است و به همین قرینه در تعریف آن می‌توان گفت: «**رابطهٔ خونی و حقوقی است که پدر و مادر را به فرزندان آنان مربوط می‌کند**». به این اعتبار، نسب به معنی «رابطهٔ پدر و فرزندی» یا «مادر و فرزندی» است و شامل خویشان

۱. دکتر محمد معین، فرهنگ فارسی، ج ۴، ص ۴۷۱۴ ـ دهخدا، لغتنامه، واژهٔ نسب.

در خط اطراف نمی‌شود.

۳۳۶. اقسام روابط خانوادگی:

در خانواده، قواعد حاکم بر روابط زن و شوهر را از احکام ناظر به روابط پدر و مادر و فرزندان جدا ساخته‌اند. این تقسیم را از دو راه می‌توان توجیه کرد:

۱. ریشهٔ روابط زن و شوهر عمل حقوقی است: گفته شد که نکاح، دست کم از نظر انعقاد، در زمرهٔ عقود است و زن و شوهر به میل و اختیار خود را در این قالب حقوقی قرار می‌دهند. با این که آثار نکاح را مانند نسب قانون معین می‌کند، پاره‌ای از این آثار چنان به کیفیت تراضی ارتباط دارد که نمی‌توان عقد نکاح را از روابط زوجین جدا کرد.

ولی، مبنای رابطهٔ پدر و مادر و فرزندان یک «واقعهٔ حقوقی» است. آمیزش زن و شوهر و بارداری زن و تولد طفل آثاری دارد که با هیچ تعبیر نمی‌توان به حاکمیت ارادهٔ آنان منسوب کرد. با وجود این، این واقعه نیز در صورتی آثار حقوقی به بار می‌آورد که مبتنی بر عمل حقوقی مشروع باشد.

۲.در رابطهٔ زن و شوهر، هدف قانونگذار تأمین برابری و استقرار عدالت است. ولی، در تنظیم روابط پدر و مادر و اولاد، تکیه بر حمایت از کودک و در نتیجه تنظیم و ادارهٔ سلطهٔ طبیعی است که هر پدر و مادری بر فرزند خود دارند.

در خانوادهٔ کنونی، تمایل قوانین بر این است که زن و مرد به عنوان دو انسان آزاد و برابر نگریسته شوند و حقوق و تعهدات آنان چنان تنظیم شود که ستمی نرود و بنیان خانواده نیز استوار بماند. ولی، کودک موجودی است ناتوان و محجور که نیاز به حمایت و تربیت دارد و همهٔ کوشش‌ها در این راه است که چگونه عواطف طبیعی پدر و مادر اداره و رهبری شود تا شخصیت کودک به شایستگی پرورش یابد و اموال او از گزند دستبردها و بی مبالاتی‌ها محفوظ بماند.

با وجود، این باید دانست که تنظیم روابط پدر و مادر و اولاد با حقوق زن و شوهر ارتباط نزدیک دارد و گاه با هم مخلوط می‌شود؛ چنان که، اگر در بارهٔ نگاهداری از کودک اختلافی پیش آید، تعیین این که کدامیک از آن دو حق تقدم دارد، مستقیم به رابطهٔ زن و

شوهر ارتباط پیدا می‌کند.

۳۳۷. تقسیم مطالب:

آنچه در مجلد دوم خانواده زیر عنوان «اولاد» مورد گفتگو قرار می‌گیرد تنظیم روابط پدر و مادر با فرزندان ایشان است. فرزندان طبیعی را به دو گروه مشروع و نامشروع می‌توان تقسیم کرد. چنان که گفته شد، قانون تنها به فرزند مشروع نظر دارد و از کودکی که در خانواده به وجود آمده است حمایت می‌کند. ولی، گاه نسب نامشروع آثاری از خود به جا می‌گذارد که نمی‌توان نادیده انگاشت. به اضافه، در موردی که شخص سرپرستی کودکی را، با شرایط معین می‌پذیرد، قانون او را از پاره‌ای نظرها در حکم پدر یا مادر کودک قرار می‌دهد و به این اعتبار می‌توان کودکی را «فرزند خوانده» نامید.

بدین ترتیب، برای این که بتوان کودکی را «فرزند» نامید، باید نسب مشروع او به پدر مادر احراز شود. پس، طبیعی است که فصل نخست از کتاب اولاد بایستی به نسب اختصاص یابد.

در فصل دوم از روابط بین پدر و مادر و اولاد یا، به بیان دیگر، همبستگی خانوادگی و حمایت از فرزندان در خانواده بحث می‌شود. رابطهٔ نسبی آثار گوناگونی دارد: مانع نکاح با خویشان می‌شود، باعث توارث بین پدر و مادر و فرزندان است، خویشان در خط مستقیم را ملزم به انفاق به یکدیگر می‌سازد. ولی، توارث و ممنوع شدن از نکاح در باب‌های دیگر مورد بحث قرار می‌گیرد، و در این فصل از ولایت و حضانت و وصایت و قیمومت و الزام به انفاق گفتگو می‌شود.

در فصل سوم بحث در بارهٔ فرزند خواندگی است، یعنی رابطه‌ای که بدون داشتن نسب و به ارادهٔ پدر و مادر و با شرایط خاص ایجاد می‌شود و پاره‌ای از احکام مربوط به نسب مشروع را داراست.

فصل اول

نسب مشروع

۳۳۸. شرایط تحقق و اثبات نسب:

در جهان حقوق، وجود و اثبات حق با هم رابطهٔ نزدیک دارد. به ویژه، در امور پنهانی که در دیدگاه عمومی رخ نمی‌دهد و تنها دو طرف دعوا از حقیقت آگاهی دارند، این رابطه آشکارتر به چشم می‌خورد. نسب نیز یکی از این امور است. پاره‌ای از ارکان آن، مانند نکاح زن و مرد یا زایمان کودک از رخدادهای علنی است که به آسانی اثبات می‌شود. ولی، نزدیکی بین زن و شوهر و، به ویژه انحصار آن به شوهر، در زمرهٔ اسرار زندگی است که حقوق به دشواری به آن دسترس دارد و ناچار است دست به دامان اماره و ظاهر و فرض بزند؛ دلایلی که تنها کوره راهی به واقعیت دارد و برای فصل دعوا بیش از حقگزاری به کار می‌آید.

به همین جهت است که در قوانین و کتابهای حقوقی شرایط تحقق و اثبات نسب را با هم مخلوط کرده‌اند و بیشتر مباحث راجع به راه‌های اثبات نسب است. در مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۷ قانون مدنی نیز، جز در مورد نزدیکی به شبهه، تحقق نسب را به بداهت خود واگذارده و به چگونگی اثبات آن پرداخته است.

با وجود این، فایدهٔ متمایز کردن مسائل ثبوتی و اثباتی را نمی‌توان انکار کرد و دست

کم، از نظر آموزشی، بهتر این است که چهره‌های ماهوی و آیین دادرسی و دلایل نسب جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.

مبحث اول: شرایط تحقق نسبت

۳۳۹. نسب در خانواده و خارج از آن:

نکاح تنها منبع خانواده است و نسبت مشروع نیز به طور معمول در صورتی تحقق می‌یابد که پدر و مادر طبیعی کودک زن و شوهر باشند. با وجود این، چون در حقوق ما گاه کودکی که خارج از خانواده به دنیا آمده است، بدون این‌که نیاز به اقرار یا شناسایی از طرف پدر و مادر باشد، منسوب به آنان می‌شود. چنین نسبی را باید در حکم مشروع انگاشت و شرایط تحقق آن را جداگانه بررسی کرد.

به همین جهت، شرایط تحقق نسب را در خانواده و خارج از آن ضمن دو گفتار آینده مطالعه خواهیم کرد:

گفتار نخست: تحقق نسب درخانواده

۳۴۰. ارتباط کامل نسب پدری و نسب مادری:

در خانواده، پدر و مادر کودکی را که نسب او مورد گفتگو است نکاح به هم مربوط می‌سازد. لزوم همین پیوند زناشویی سبب می‌شود که نتوان نسب پدری را از نسب مادری جدا کرد. بدین ترتیب، کودکی فرزند مشروع زن است که فرزند شوهر او هم باشد. همچنین، نسب مشروع طفل به مرد در صورتی تحقق می‌یابد که آن طفل فرزند همسر او نیز به شمار آید. به همین جهت است که پاره‌ای از استادان خارجی نسب

مشروع را تجزیه‌ناپذیر دانسته‌اند.[۱]

بر عکس، نسبی که در خارج خانواده و در اثر «نزدیکی به شبهه» تحقق می‌یابد، ممکن است در بارهٔ پدر و مادر (زن و شوهر) متفاوت باشد؛ چنان که، هرگاه زن شوهر دار با بیگانه‌ای به اشتباه نزدیکی کند، کودکی که از این رابطه به وجود می‌آید فرزند زن محسوب می‌شود، بدون این که فرزند شوهر او باشد.

با توجه به آنچه در بارهٔ ارتباط نسب پدری و مادری گفته شد، می‌توان ارکان مشترک این دو نسب را در خانواده بدین شرح خلاصه کرد:

۱. زن و مردی که نسب کودک به آنان مورد گفتگو است باید زن و شوهر باشند؛

۲. کودک در اثر نزدیکی آن دو به وجود آمده باشد؛

۳. نزدیکی و انعقاد نطفهٔ کودک بعد از نکاح واقع شده باشد.

الف. رابطهٔ زن و شوهری

۳۴۱. لزوم وجود این رابطه:

چنان که بارها گفته شد، خانواده تنها با نکاح زن و مرد ایجاد می‌شود و قانون اتحاد آزاد آنان را مشروع نمی‌داند. بنابراین، نسب در خانواده نیز منوط به ازدواج درست پدر و مادر است.

قانون مدنی، به پیروی از حقوق اسلام، طفلی را که از رابطهٔ آزاد زن و مرد به وجود آمده است منسوب به هیچ کدام نمی‌داند(مادهٔ ۱۱۶۷ قانون مدنی). چنین کودکی عضو خانواده نیست، از نام پدر و مادر استفاده نمی‌کند، از آنان میراث نمی‌برد و به عنوان فرزند حقی بر پدر و مادر طبیعی ندارد.

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، بخش ۲ از ج ۱ (خانواده)، ش ۸۲۴ با وجود این، چون در حقوق ما ممکن است مرد همسران متعدد داشته باشد و به اضافه خواهیم دید که احتمال دارد طفلی در زمان زوجیت زن و شوهری به دنیا آید و منسوب به شوهر پیشین زن باشد، دلایل اثبات این دو نسب، که از حیث چگونگی نیز با هم تفاوت دارد، جداگانه بررسی می‌شود.

این سختگیری مکافات تجاوز پدر و مادر به نظام حقوقی جامعه است، وگرنه تردید نیست که طفل بیگناه را نباید آزرد و از مزایای زندگی در خانواده محروم کرد.

از سویی قانون نمی‌تواند چنین کودکی را مشروع انگارد. زیرا، برابری حقوق او با کودکان ناشی از ازدواج به منزلهٔ انکار ضرورت تشکیل خانواده است. مهم‌ترین تفاوت زناشویی با همخوابگی آزاد در وضع حقوقی فرزندی است که از این آمیزش به وجود می‌آید. قانونگذار می‌خواهد از عاطفهٔ پدر و مادر نسبت به فرزند خود و نگرانی آنان از سرنوشت طفل نامشروع تضمینی برای جلوگیری از روابط آزاد فراهم آورد. در واقع، از موانع قانونی و کیفرهای مادی نومید شده و برای پرهیز از گناه به سوی اخلاق روی آورده است تا از محبت طبیعی پدر و مادر سود برد و سدی مطمئن بسازد. خراب کردن این سد همهٔ کوشش‌هایی را که تاکنون برای استقرار خانواده انجام شده است از بین می‌برد و به منزلهٔ اعلام این قاعده است که برای داشتن فرزند دو راه در پیش است: هر کس بخواهد می‌تواند ازدواج کندو هر که مایل نیست حق دارد با انتخاب همخوابه‌ای به مقصود برسد و پای بند به هیچ یک از قواعد ناشی از نکاح نیز نشود.

از سوی دیگر، این پرسش مطرح می‌شود که چرا کودک باید بارگناه پدر و مادر متجاوز را به دوش کشد و از نعمت دامان مادر و سایهٔ پدر محروم بماند؟ جامعه به نیروی این کودکان نیاز دارد و به هدر دادن آن، نه تنها درمان هیچ دردی نیست، باری گران است که ناچار دیگران باید بر دوش کشند.

برای جمع بین این دو مصلحت، تمایل حقوقدانان بر این است که از راه کمک‌های اجتماعی و اجبار پدر و مادر به نگاهداری فرزندان بی سرپرست از آنان حمایت کنند و در عین حال حرمت نکاح را نیز محفوظ دارند و مرز بین اولاد مشروع و نامشروع را از بین نبرند.[1]

۱. درکشور اتحاد جماهیر شوروری پیشین به موجب قانونی که در ۱۹۱۸ به تصویب رسید، تمام تفاوتهای میان اولاد مشروع و نامشروع از بین رفت. ولی، در سال ۱۹۳۴ دوباره وضع حقوقی فرزندانی که پدر و مادر آنان با هم ازدواج کرده بودند با فرزندان ناشی از روابط آزاد زن و مرد تفاوت پیدا کرد، چندان که به نظر پاره‌ای از نویسندگان، وضع گروه اخیر مانند فرزندان نامشروع در حقوق سایر کشورها است (بروملی، حقوق خانواده، ص ۱۷۹ پاورقی ش ۱).

۳۴۲. اثر اعتقاد همخوابگان به وجود رابطهٔ زناشویی:

آثار رابطه‌ای که زن و مرد بایکدیگر دارند تابع واقعیت آن است نه اعتقاد دو طرف. بنابراین، اگر دو طرف یا یکی از آنان آگاه به وجود رابطهٔ زناشویی نباشد، این اعتقاد خللی به نسب طفل نمی‌رساند.

برای مثال، اگر وکیل مردی زنی را برای او عقد کرده باشد و آن مرد، بدون اطلاع از اقدام وکیل و به این گمان که زن بیگانه است، با او درآمیزد، طفل ناشی از این رابطه مشروع و منسوب به پدر و مادر خویش است، زیرا در واقع آن دو زن و شوهر بوده‌اند.

همچنین، هرگاه زن و مردی با اعتقاد به این امر که نکاح آنان فاسد است با هم نزدیکی کنند، در صورتی که نکاح درست باشد(مانند نکاح فضولی که با تنفیذ اثر حقوقی می‌یابد)، نسب کودک ناشی از آن مشروع است. به همین جهت است که فقها گفته‌اند، مقصود از نکاح صحیح، آمیزشی است که شخص به حکم قانون استحقاق آن را دارد.[1]

با وجود این، هرگاه زن و مردی به این پندار که با هم زن و شوهرند نزدیکی کنند، با این که رابطهٔ زوجیت بین آنان وجود ندارد و این اقدام را نمی‌توان مشروع پنداشت، قانونگذار نسب ناشی از این رابطه را در حکم نسب مشروع شناخته است که در گفتار دوم از آن بحث خواهیم کرد.

۳۴۳. اثر حرمت عارضی نزدیکی:

ممکن است نزدیکی بین زن و شوهر به دلایل عارضی ممنوع شود؛ چنان که به موجب مستفاد از مادهٔ ۱۰۵۳ قانون مدنی و مبانی تاریخی آن، نزدیکی بین زن و شوهر در حال احرام ممنوع است. همچنین، در عدهٔ نزدیکی به شبهه نسبت به زنی که شوهر دارد، گفته شد که در دوران عده، نزدیکی با چنین زنی منع شده است، زیرا لازمهٔ اجرای مادهٔ ۱۱۵۷ قانون مدنی است.

۱. النسب یثبت مع النکاح فی نفس الامر و المراد به هنا... هو الوطی المستحق فی نفس الامر باصل الشرع...»: جواهر الکلام، جلد نکاح، اسباب تحریم، ص ۵۰

اکنون این پرسش به میان می‌آید که اگر زن و شوهری حرمت قانونی را رعایت نکنند و در حال احرام یا در زمان عدهٔ «نزدیکی به شبهه» با هم درآمیزند، آیا کودکی که از این رابطه به وجود می‌آید منسوب به پدر و مادر خویش است (زیرا رابطهٔ زوجیت بین آنان وجود دارد) یا باید گفت چون عمل نزدیکی ممنوع است نسب ناشی از آن را نباید مشروع پنداشت؟

پاسخ این است که دوران احرام وعده نیز رابطهٔ زوجیت بین زن و شوهر باقی است و نسب طفلی که بدین‌سان به وجود می‌آید به پدر و مادر خویش می‌رسد. این نتیجه، نه تنها از ظاهر مادهٔ ۱۱۵۸ قانونی مدنی استنباط می‌شود، پیشینهٔ تاریخی قواعد مربوط به نسب نیز آن را تأیید می‌کند. زیرا فقهای امامیه تردید ندارند که، اگر نزدیکی بین زن و شوهر به دلیل عارضی حرام شود، این حرمت مانع از مشروع بودن نسب طفل نمی‌گردد.[۱]

ب. وقوع نزدیکی و ارتباط کودک به آن

۳۴۴. لزوم نزدیکی و مفهوم آن:

برای این که کودک منسوب به پدر و مادر خود شود، وقوع ازدواج بین آنان کافی نیست. آنچه از نظر طبیعی و خونی باعث رابطهٔ پدر و فرزندی یا مادر و فرزندی می‌شود، نزدیکی آن دو و انعقاد نطفهٔ طفل است. نکاح شرط مشروع بودن نسب است و در صورتی مؤثر واقع می‌شود که سبب اصلی (نزدیکی) رخ داده باشد. بنابراین، هرگاه دختر و پسری مدتها زن و شوهر باشند، ولی به علت دوری از یکدیگر یا بیماری و اختلافات خانوادگی نزدیکی بین آنان واقع نشود، طفلی را که زن زاییده است نمی‌توان به این خانواده منسوب کرد.

با وجود این، باید دانست که مقصود از نزدیکی در این باب مفهوم متعارف آن نیست. آنچه

۱. لاخلاف بین العلماء فی ان النسب یثبت بالنکاح الصحیح و المراد به الوطی المستحق شرعاً و لو فی نفس الامر و ان حرم بالعارض کالوطی بالحیض و الاحرام... (شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۴۶۳) همچنین رک. نجفی، جراهر الکلام، ج نکاح، ص ۵۰ - نراقی، مستند الشیعه، ج ۲، ص ۴۷۶.

اهمیت دارد این است که جنین نتیجهٔ ترکیب نطفه‌های آنان باشد. این ترکیب به طور معمول در اثر نزدیکی بین زن و شوهر انجام می‌شود و برای اشاره به همین مورد غالب است که نزدیکی را شرط مشروع بودن نسب می‌دانند. پس، اگر در نتیجهٔ تماس بدنی(تفخیذ) بین زن و شوهر نیز نطفهٔ کودک بسته شود باید اورا منسوب به آن زن و شوهر دانست.

۳۴۵. تلقیح مصنوعی با نطفهٔ شوهر:

امکان تلقیح مصنوعی نطفهٔ مرد به زن، این پرسش را به میان آورده است که، اگر زن در نتیجهٔ تلقیح مصنوعی نطفهٔ شوهر به او آبستن شود، آیا چنین طفلی را باید فرزند آن دو شمرد یا، به دلیل عدم وقوع نزدیکی بین زن و شوهر یا نامتعارف بودن لقاح، نسب نامشروع است؟

ممکن است ادعا شود که به موجب مادهٔ ۱۱۵۸ قانون مدنی، طفل متولد در زمان زوجیت در صورتی به شوهر نسبت داده می‌شود که بین او و زن نزدیکی واقع شده باشد، به گونه‌ای که بتوان طفل را نتیجهٔ نزدیکی شمرد. بنابراین، در صورتی که رابطهٔ جنسی بین زن و شوهر موجود نباشد، نباید فرزند را به شوهر نسبت داد. از سوی دیگر، چون در رابطهٔ زن و شوهر نسب تجزیه‌ناپذیر است، فرزندی را که به شوهر زن نسبت داده نمی‌شود به خود او نیز نباید ملحق کرد.

ولی این استدلال ناتمام است. زیرا، چنان که گفته شد، اشارهٔ قانون به «نزدیکی زن و شوهر» ناظر به راه متعارف و عادی ایجاد جنین است و از آن بر نمی‌آید که نزدیکی را وسیلهٔ منحصر مشروع ساختن نسب قرار داده باشد به همین دلیل هم در مشروع بودن نسب طفلی که در اثر تفخیذ یا سایر تماس‌های بدنی بین زن و شوهر ایجاد شده است تردید وجود ندارد.[1]

در تلقیح مصنوعی، رابطهٔ زوجیت بین زن و مردی که پدر و مادر او محسوب

۱. نگاه کنید به، جواهر الکلام، ج نکاح، در احکام اولاد، که در توجیه پاره‌ای اخبار و گفته‌هایی در بارهٔ مفهوم نزدیکی، آن را وسیلهٔ توالد و تناسل می‌داند ولی تصریح می‌کند که لازم نیست انعقاد نطفه از راه متعارف انزال مرد انجام شود.

می‌شوند وجود دارد و طفل نیز، بنا به فرض، از ترکیب نطفه‌های این دو ایجاد شده است. پس باید وسیلهٔ امتزاج را از یاد برد و با تحقق این شرایط نسب طفل را مشروع دانست.[۱]

۳۴۶. لزوم انتساب طفل به نزدیکی زن و شوهر:

برای تحقق نسب، باید احراز شود که طفل در نتیجهٔ نزدیکی (یا دست کم ترکیب نطفه‌های آنان) به وجود آمده است. ولی احراز این رابطه را نمی‌توان تابع دلایل و قواعد حاکم بر اثبات دعاوی قرارداد. اثبات این امر که هیچ عامل خارجی در انعقاد نطفهٔ کودک دخالت نداشته و جنین در اثر نزدیکی زن و شوهر ایجاد شده است، یکی از دشوارترین اقدام‌های قضایی است. با وسایلی که دانش امروز در اختیار بشر قرار داده است، به وسیله تجزیهٔ خون پدر و مادر، می‌توان در پاره‌ای موارد ثابت کرد که شوهر پدر طفل نیست. ولی، این آزمایش‌ها برای اثبات این که زن و شوهر پدر و مادر طفل هستند کافی نیست و طفلی که خواهان اثبات نسب خود به شوهر مادر خویش است به تعذرمی افتد[۲].

از سوی دیگر، حمایت از حقوق کودکانی که در خانواده به وجود می‌آیند و حفظ حرمت خانواده ایجاب می‌کند که نسب طفل نیاز به اثبات نداشته باشد و نفی آن نیز به سادگی پذیرفته نشود.

تنها راه معقول در چنین مواردی استفاده از امارات قانونی است. در حقوق ما نیز، مانند سایر کشورها، قانونگذار طفل متولد در زمان زوجیت را ملحق به شوهر می‌داند و برای احراز این امر که طفل در اثر نزدیکی زن و شوهر به وجود آمده است از حداقل و اکثر مدت طبیعی حمل یاری می‌گیرد. در مادهٔ ۱۱۵۸ قانون مدنی آمده است که: «طفل

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۱۸۴ و ۱۸۵ ـ تنها اشکالی که به نظر می‌رسد این است که اگر شوهر از کار زن آگاه نباشد، بچهٔ ناخواسته را چگونه می‌توان بر او تحمیل کرد، و شاید به همین دلیل باشد که بعضی از فقها نسب طفل را تنها به مادر مشروع دانسته‌اند. ولی این اشکال نمی‌تواند نسب طفل را نامشروع سازد و اثر انعقاد نطفه‌های زن و شوهر را خنثی کند.

۲. مازو، همان کتاب، ش ۸۷۱

متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است، مشروط بر این‌که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد».

اعتبار و قلمرو این امارهٔ قانونی را که در اصطلاح حقوقدانان ما «**امارهٔ فراش**» نامیده می‌شود، در مبحث مربوط به «**اثبات نسب**» مطالعه خواهیم کرد. ولی، ارتباط ناگسستنی آن با شرایط تحقق نسب ایجاب می‌کند که یاد آور شویم، هرگاه طفل در فاصلهٔ بین شش ماه تا ده ماه از تاریخ نزدیکی به دنیا آید، چنین فرض می‌شود که طفل از آن شوهر است. بنابراین، کسی که می‌خواهد این انتساب را نفی کند، باید نشان دهد که بیش از ده ماه قبل از تولد طفل زن و شوهر رابطهٔ جنسی با هم نداشته‌اند یا فاصلهٔ نخستین نزدیکی آنان (یا نخستین نزدیکی که بعد از ده ماه دوری اتفاق افتاده باشد) با تولد طفل کمتر از شش ماه بوده است.

ج. وقوع نزدیکی بعد از نکاح

۳۴۷. لزوم انتساب طفل به نزدیکی بعد از نکاح:

برای مشروع شناختن نسب طفل، کافی نیست که پدر و مادر او زن و شوهر باشند و بین آنان نزدیکی واقع شده باشد. باید انعقاد نطفهٔ کودک در دوران زناشویی انجام شود و تنها در این صورت است که می‌توان رابطهٔ جنسی زن و مرد و نسب کودک ناشی از آن را مشروع دانست. عقد نکاح، مانند هر پدیدهٔ طبیعی و حقوقی دیگر، در آینده اثر دارد ولی رابطهٔ نامشروع پیش از آن را تصحیح نمی‌کند. بنابراین، هرگاه دختر و پسری پیش از ازدواج با هم رابطهٔ جنسی داشته باشند، کودکی که در اثر آن رابطه به وجود آمده است فرزند مشروع آنان محسوب نمی‌شود، هر چند که پس از ازدواج نیز او را به فرزندی پذیرفته باشند(مادهٔ ۱۱۶۷ ق.م.)

بر این نظر ممکن است ایراد شود که مادهٔ ۱۱۵۸ قانون مدنی، طفل متولد در زمان زوجیت را ملحق به شوهر می‌داند و شرط این الحاق نیز فاصلهٔ معقول بین نزدیکی و تاریخ تولد است. پس چگونه می‌توان نسب طفلی را که در زمان زوجیت به دنیا آمده و

تولد او نیز در فاصلهٔ بین ۶ ماه تا ۱۰ ماه از تاریخ نزدیکی پدر و مادر رخ داده است نامشروع دانست؟[1]

ولی، این ایراد را به‌طور قاطع می‌توان دفع کرد، زیرا، نه تنها از لحن مادهٔ ۱۱۵۸ بخوبی بر می‌آید که مقصود نزدیکی بین زن و شوهر در زمان زوجیت است، در مقام تفسیر این ماده نباید سایر مواد قانون و از جمله بی اعتباری نسب ناشی از زنا (مادهٔ ۱۱۶۷) را از نظر دور داشت. هر مادهٔ قانون در واقع جزیی از کلام قانونگذار است که معنی آن تنها با ملاحظهٔ زمینهٔ سخن و سایر اجزای کلام قابل ادراک است: قانون طفل ناشی از زنا را فرزند نمی‌داند و به هیچ تعبیر نمی‌توان رابطهٔ جنسی زن و مردی بیگانه را که بعدها ازدواج می‌کنند، زنا نشمرد. پس، بدیهی است وقتی در مادهٔ ۱۱۵۸ قانون مدنی به نزدیکی اشاره می‌شود، مقصود نزدیکی است که نتوان عنوان زنا بر آن نهاد و این نزدیکی (جز در مورد شبهه) باید در زمان زوجیت رخ داده باشد.

وانگهی، ادعای مشروع بودن نسب جنینی که پیش از ازدواج ایجاد شده است با مبانی تاریخی و مذهبی مادهٔ ۱۱۵۸ به طور مسلم مخالف است. زیرا، در فقه چنین طفلی را همگان نامشروع می‌دانند[2].

۱. در بارهٔ نفوذ این نظر در حقوق فرانسه و تحول رویهٔ قضایی در آن کشور، رک به، ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۱۶۳۵ به بعد ـ مالوری وانس و فوشیرون خانواده، ج ۲، ۲۰۰۶، ش ۹۲۵ به بعد ـ در کامن لا کافی است طفل در زمان زوجیت به دنیا آمده باشد. بنابراین، هرگاه پدر و مادر طبیعی جنین پیش از تولد او با هم ازدواج کنند، طفل مشروع خواهد بود (بروملی، حقوق خانواده، چاپ پنجم، ص ۲۸۰). ولی ازدواج بعدی زن و مردی که طفل نامشروع دارند، آن کودک را مشروع نمی‌سازد و این یکی از تفاوتهای کامن لا و کشورهای تابع حقوق رم است: در حقوق کشورهای اخیر کودک در صورتی مشروع است که محصول آمیزش بعد از نکاح باشد، ولی ازدواج بعد ازآمیزش و انعقاد نطفه، طفل نامشروع را در زمرهٔ اطفال مشروع در نمی‌آورد، در حالی که، به موجب کامن لا، چنین طفلی اصولا مشروع است، چنان‌که فوت و لوی و ساندر در صفحهٔ ۶۲۷ کتاب حقوق خانوادهٔ خود می‌نویسند:

« A bastard , by our English laws, is one that is not only begotten , but born , out of lawful matremony»

بنابراین اگر زنی شوهر کند و بچه‌ای در زمان این زوجیت به دنیا آورد، صرفنظر از این که نطفهٔ طفل در چه زمان منعقد شده و متعلق به کدام مرد است، طفل مشروع محسوب است.

۲. صاحب جواهر در توضیح عبارت محقق که می‌نویسد، اگر مردی با زنی زنا کند و زن آبستن شود و پس از آن با زن ازدواج کند بچه ملحق به او نمی‌شود، تصریح می‌کند: «المراد من الولد للفراش المنعقد فی الفراش ←

۳۴۸. نسب طفلی که نطفهٔ آن پیش از نکاح و بدون زنا منعقد شده است:

در مورد نسب طفلی که در زمان زوجیت متولد شده ولی نطفهٔ آن پیش از نکاح در اثر تماس‌های بدنی نامزدها (بدون تحقق زنا) منعقد گردیده است، تردید معقول‌تر به نظر می‌رسد. منشأ تردید از آنجا است که، به موجب مادهٔ ۱۱۶۷ قانون مدنی، طفل ناشی از زنا ملحق به پدر و مادر نمی‌شود و گفته شد که، در نتیجهٔ جمع این ماده با امارهٔ فراش، اگر نسب طفل ناشی از زنای پیش از نکاح باشد، باید آن‌را نامشروع شمرد. اکنون در فرضی که زنا تحقق نیافته و جنین بدون نزدیکی ایجاد شده است، آیا می‌توان نسب طفلی را که در زمان زوجیت به دنیا آمده است مشروع دانست؟

پاره‌ای از استادان با تردید نظر داده‌اند که نسب این گونه اطفال، اگر در زمان زوجیت نیز متولد نشده باشند، قانونی است. در تأیید این نظر گفته شده است که: «طبق مقررات مواد راجع به ارث، اقربای مذکور در مادهٔ ۸۶۲ قانون مدنی ارث می‌برند، مگر ولد زنا و عرفاً او ولد زنا شناخته نمی‌شود.»[1] انگیزهٔ اصلی این نظر شناخت نسب کودک بی‌گناهی است که از این راه به وجود آمده است؛ احساسی که هر انسانی را متأثر می‌سازد. با وجود این، پذیرفتن این استدلال دشوار است. زیرا چنان که در مورد نزدیکی گفته شد، اشارهٔ قانونگذار به زنا و نزدیکی به دلیل این است که آبستنی زن به طور معمول از این راه انجام می‌شود؛ چنان که از نوشته‌های پاره‌ای از فقیهان استنباط می‌شود[2] باید رابطهٔ جنسی بین زن و مرد مباح باشد تا نسب مشروع به حساب آید. زنا، نوع متعارف و شایع رابطهٔ نامشروع است و به همین جهت نیز از موانع ارث قرار گرفته است، ولی آیا می‌توان ادعا کرد که سایر انواع تماسهای جنسی مباح است و در نتیجه نسب را نامشروع نمی‌سازد؟

بی‌گمان باید به این پرسش پاسخ منفی داد، زیرا در نامشروع بودن تماس جنسی زن و

ـ لا المتولد مطلقا...» (جلد نکاح، کتاب اولاد) و صاحب مسالک در توجیه همین عبارت می‌افزاید: «لانه متولد من الزنا و المتولد من الزنا لایلحق بالزانی و تجدد الفراش لایقتضی الحاق ما قد حکم بانتفائه (ج ۱، ص ۵۷۵) و در ریاض (ج ۲، احکام اولاد) بر آن ادعای اجماع شده است.

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۵ ص ۱۷۹.

۲. جواهر الکلام، جلد نکاح، اسباب تحریم، ص ۵۰

مرد بیگانه تردید نیست و تبعیض بین آثار زنا و این گونه تماس‌ها نیز، از نظر نامشروع بودن نسب، منطقی به نظر نمی‌رسد.

به همین قیاس، طفلی که در زمان زوجیت به دنیا آمده ولی پیش از نکاح و در اثر لقاح مصنوعی به وجود آمده است، نسب مشروع ندارد و نمی‌توان او را فرزند شوهر دانست: در این باره توضیح لازم داده خواهد شد (ش ۳۵۲).

گفتار دوم: تحقق نسب در خارج خانواده

۳۴۹. اقسام نزدیکی خارج از نکاح:

نزدیکی جنسی زن و مردی که رابطهٔ زناشویی بین آنان وجود ندارد، به اعتبار احکام و آثار آن چند قسم است:[۱]

۱. نزدیکی اشخاص بالغ و عاقل و مختار که به حرمت این رابطه و فقدان رابطهٔ زناشویی بین خود آگاهی دارند. این نزدیکی، در اصطلاح حقوقدانان ما، «زنا» نامیده می‌شود.

۲. نزدیکی اشخاصی که به حرمت رابطهٔ خود آگاهی ندارند، ولی کار مقرون به عملی نامشروع است که به اختیار انجام گرفته برای مثال، در موردی که کسی به اختیار مست کند و در حال بی خبری با زن بیگانه‌ای درآمیزد. مست تکلیف حقوقی ندارد و در حکم دیوانه و صغیر است، ولی کسی که به اختیار خود را به چنین حالتی می‌رساند، در حکم کسی است که برای ارتکاب کارهای خود اختیار دارد. بنابراین، نمی‌توان کودکانی را که نطفهٔ آنان در حال مستی منعقد شده است (با توجه به این‌که امروز بیشتر اطفال نامشروع همین وضع را دارند) دارای نسب مشروع شناخت.

۳. نزدیکی کسانی که به پندارشان، و در اثر جهل به موضوع یا حکم[۲]، زن و شوهرند

۱. جواهر الکلام، همان کتاب، ص ۵۴.

۲. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب نکاح - به موجب مادهٔ ۲ قانون مصوب ۱۹۵۹ در بارهٔ نسب مشروع در انگلیس، اگر پدر و مادر طفلی در هنگام نزدیکی یا نکاح آگاه به بطلان آن نباشند و عقد را معتبر پندارند، فرزند ناشی از این نکاح مشروع است (بروملی، حقوق خانواده، ص ۲۹۰.)

و به دلیل بطلان نکاح (مادهٔ ۱۱۶۶ ق.م.) یا اشتباه در هویت همسر، رابطهٔ آنان مشروع نباشد.

۴. نزدیکی کسانی که قوهٔ تمیز درست و نادرست را ندارند، مانند خواب و بیهوش و مجنون و مستی که ندانسته یا به اجبار به حال بی خبری افتاده است.

۵. نزدیکی کسی که از حرمت رابطهٔ خود با دیگری آگاه است، ولی به اکراه مرتکب آن می شود.

قسم اول و دوم زنا است و طفل متولد از آن به زانی ملحق نمی‌شود (مادهٔ ۱۱۶۷ ق.م). قسم سوم، نزدیکی به شبهه به معنای خاص آن است. ولی حال کسانی که قوهٔ تمیز ندارند یا به اکراه با بیگانه نزدیکی کرده‌اند، از جهت داشتن حسن نیت و عدم تجاوز به قوانین، با کسانی که نسبت به وجود رابطهٔ زناشویی در اشتباه هستند، شباهت کامل دارند.

قانون مدنی در مورد اکراه به طور ضمنی و در بارهٔ وراثت نسب را مشروع دانسته است (مادهٔ ۸۸۴). دربارهٔ خواب و بیهوش و مجنون و مست حکمی وجود ندارد، ولی نزدیکی این گونه اشخاص، به دلیل مفهوم تاریخی شبهه به معنی عام، مشمول آن می شود و نیازی به دلیل دیگر ندارد. زیرا در اصطلاح فقها، وطی به شبهه، نزدیکی است که شخص استحقاق آن را ندارد ولی عالم به تحریم آن نیست.[1]

منتها عیب مهمی که این گونه تعریف‌ها دارد این است که نداشتن علم به حرمت نزدیکی را برای تحقق عنوان «وطی به شبهه» کافی دانسته‌اند و از آن نتیجه می شود که ظن یا احتمال وجود رابطهٔ زناشویی کافی برای مشروع ساختن نسب است.

ولی، همان گونه که پاره‌ای از محققان یاد آور شده‌اند[2] ظن یا احتمال (دودلی) برای این‌که رابطهٔ زوجیت بین طرفین وجود دارد برای مباح ساختن نزدیکی کافی نیست. وطی

۱. شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۴۶۳ ـ سید علی طباطبایی، ریاض، ج ۲، کتاب نکاح، اسباب تحریم ـ ملا احمد نراقی، مستند، ج ۲، ص ۴۷۷.

۲. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد نکاح، فروع مربوط به اسباب تحریم، نسب، ص ۵۴ و ۵۵: «فالتحقیق حینئذ تعریف الشبهة بما ذکرناه اولاً لکن مع تعمیم الاعتقاد للقطع او الظن الذی لم یتنبه صاحبه الی عدم جواز العمل به و لو لتقصیر منه فی المقدمات...» (ص ۵۶).

به شبهه در صورتی است که به اعتقاد مرتکب آن رابطهٔ زناشویی موجود باشد، خـواه مبنای این اعتقاد قطع باشد یا ظنی که مانع از آگاه شدن او از جایز نبودن کار خود شود.

۳۵۰. شرایط مشروع بودن نسب در نزدیکی به شبهه:

از آنچه گفته شد، به خوبی برآمد که رکن اصلی نـزدیکی بـه اشـتباه «حسـن نیت» مرتکب است، خواه دلیل آن اعتقاد به استحقاق نزدیکی باشد یا نداشتن قوهٔ تمیز حرام از حلال یا نداشتن اختیار. به بیان دیگر، عامل «حسن نیت» سبب مشروع ساختن نسب طفلی است که از رابطهٔ آزاد زن و مرد به وجود آمده است. اکنون باید دید آیا شرایطی نیز برای نفوذ این سبب ضرورت دارد؟

نخستین تردیدی که ممکن است به ذهن برسد در بارهٔ لزوم نـزدیکی بـرای تـحقق نسب مشروع است: بدین تعبیر که اگر آبستنی زن در نتیجهٔ تماس بدنی یا تلقیح مصنوعی باشد، آیا می‌توان طفلی را که بدین گونه، و با اعتقاد به وجود رابطهٔ زناشویی به وجود آمده است منسوب به پدر و مادر طبیعی او کرد؟

پاسخ این پرسش را در گذشته دیدیم (ش ۳۴۴ و ۳۴۵) و برای رفع تردید باید یادآور شویم که اشارهٔ قانون بـه «نـزدیکی» در واقـع اشـاره بـه راه مـتعارف آبسـتنی است و خصوصیتی ندارد تا حکم مشروع بودن نسب ویژهٔ آن باشد.

تردید دیگری که شده است در بارهٔ چگونگی حرمتی است که در واقع بین زن و مرد وجود دارد: بدین تفصیل که، هرگاه علت حرمت نبودن رابطهٔ زناشویی باشد، اشتباه در نزدیکی می‌تواند آن را مؤثر سازد و نسب مشروع به وجود آورد؛ ولی، اگر بین زن و مرد یکی از موانع ذاتی نکاح، مانند قرابت نسبی و سببی و رضاعی، موجود باشد، طفلی که از نزدیکی به شبههٔ آنان به وجود می‌آید، به عنوان فرزند به آنان منسوب نمی‌شود، زیرا پذیرفتن چنین نسبتی بر خلاف اخلاق حسنه است.[1]

در این که الحاق طفل به عمو و برادرزاده یا خواهر و برادری که به اشتباه نـزدیکی کرده‌اند، ناپسند و زننده است تردید نباید کرد .پذیرفتن محارم به عـنوان پـدر و مـادر

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۱۷۶.

کودک به نظر گران می‌آید، زیرا نشانهٔ تجاوز به قواعد اخلاقی است. ولی، باید انصاف داد که این حقیقت ناظر به حالت عادی و متعارف آمیزش با محارم است. در جهان اخلاق، پلیدی و گناه تابع نیت اشخاص است. پس، در صورتی که ثابت شود آنچه دو طرف می‌خواسته‌اند انجام دادن کاری مباح بوده است نه شکستن قانون اخلاق، داوری‌ها دگرگون می‌شود و فکر حمایت از کودک و خطابخشی بر نفرت و تنبیه غلبه می‌کند.

آیا زشتی منسوب ساختن فرزندی که زن شوهردار در اثر آمیزش با بیگانه پیدا کرده است کمتر از الحاق فرزند به عمو و برادر زادهٔ نسبی و رضاعی است؟ اخلاق چنین حکم نمی‌کند و در هر مورد مشروع بودن نسب را، به عنوان حکم ثانوی، برای آمیزش نامشروع می‌پذیرد. اطلاق مواد ۱۱۶۴ به بعد قانون مدنی نیز به خوبی نشان می‌دهد که در نظر قانونگذار هم تفاوتی بین نزدیکی به شبهه با محارم و سایرین وجود ندارد.

پس، باید این تردید را نیز از ذهن زدود و احکام نزدیکی به شبهه را، بدون هیچ قید و شرطی، در بارهٔ محارم و زنان و مردان متأهل و آزاد اجرا کرد.

۳۵۱. اجرای قواعد مربوط به تحقق نسب:

شرایطی که برای تحقق نسب در داخل خانواده گفته شد، در نزدیکی به شبهه نیز لازم است:

زن و مرد باید هنگام نزدیکی در اشتباه باشند، رابطهٔ جنسی (اعم از نزدیکی یا تماس بدنی) بین آنان وجود داشته باشد و احراز شود که آبستنی زن ناشی از این رابطه است.

در این باب نیز، برای احراز انتساب طفل به نزدیکی، از امارهٔ فراش استفاده می‌شود: بدین معنی که طفل در صورتی به نزدیکی اشتباه‌آمیز منسوب می‌شود که در فاصلهٔ شش ماه تا ده ماه از تاریخ وقوع آن به دنیا آید (مادهٔ ۱۱۶۴ قانون مدنی). با وجود این، بین اجرای امارهٔ فراش در نسب ناشی از نکاح و شبهه این تفاوت اساسی وجود دارد که، در روابط بین زن و شوهر چنان که خواهیم دید، وقوع نزدیکی موافق با ظاهر امور است و نیازی به اثبات ندارد، در حالی که وقوع نزدیکی به شبهه باید احراز شود و اصل خلاف وقوع آن است.

۳۵۲. نسب طفل ناشی از تلقیح مصنوعی:

در صورتی که زنی در اثر تلقیح عمدی نطفهٔ مرد بیگانه به خود آبستن شود، چنین طفلی نه به پدر منسوب است و نه به مادر. زیرا، قطع نظر از چگونگی آبستن شدن زن، شرایط لازم برای تحقق نسب مشروع در این حالت جمع نیست. اقدام چنین زن و مردی را به طور مسلم نمی‌توان زنا شمرد، زیرا، بنا به فرض طرح شده هیچ گونه رابطهٔ جنسی با یکدیگر نداشته‌اند.

ولی، چنان‌که بارها گفته شد، نزدیکی جنسی فقط راه معتاد آبستنی است و نفس این اقدام به تنهایی اثری در احکام نسب ندارد. آنچه سبب انتساب طفل به پدر و مادر می‌شود، رابطهٔ زوجیت بین آنان یا اعتقاد به وجود چنین رابطه‌ای است. بنابراین، در هر مورد که این عامل اصلی وجود نداشته باشد، خواه دلیل آبستنی زن نزدیکی نامشروع (زنا) باشد یا سایر تماس‌های بدنی (مانند تفخیذ) یا تلقیح مصنوعی، باید نسب را نامشروع دانست و، بر عکس، در هر جا که رابطهٔ زناشویی یا شبهه محقق باشد به هر وسیله‌ای که زن آبستن شود، نسب مشروع است. بنابراین، اگر تخمک زنی را که نمی‌تواند در رحم بارور شود یا جنین را نگاه دارد در آزمایشگاه با نطفهٔ شوهر بارور کنند و پس از چندی جنین را در رحم او گذارند، در انتساب طفل به پدر و مادر نباید تردید کرد، چرا که هیچ عمل نامشروعی وسیلهٔ توالد نشده است. کاری که به یاری علم انجام می‌شود شگفت و تازه است، ولی، چون حرمت خانواده و قوانین را نمی‌شکند و با حسن نیت در خدمت خانواده قرار می‌گیرد، مباح است.

پاره‌ای از استادان خواسته‌اند با استفاده از ظاهر مادهٔ ۱۱۶۷ قانون مدنی که فقط طفل متولد از زنا را ملحق به پدر و مادر طبیعی نمی‌داند و همچنین گفتهٔ فقیهانی که نسب کودک ناشی از مساحقه را مشروع شناخته‌اند، بر این اصل تکیه کنند که نسب تمام اطفال طبیعی، جز آنچه ناشی از زنا است، مشروع است و بر مبنای آن نسب ناشی از تلقیح مصنوعی بین دو بیگانه را، حتی در موردی که به عمد و اختیار انجام شده است، مشروع بدانند.[1]

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۱۸۶ ـ دکتر سید حسین صفایی، پلی کپی درس حقوق خانواده، سال ۵۴، بخش مربوط به نسب، ص ۲۷۳ به بعد.

ولی با توجه به آنچه گفته شد، پذیرفتن این نظر در حقوق کنونی امکان ندارد و باید از آن چشم پوشید[1]. اعتقاد به مشروع بودن نسب ناشی از تلقیح نطفهٔ دو بیگانه، از نظر حقوقی و اجتماعی، مسائل دشواری را به وجود می‌آورد:

از نظر حقوقی، اگر اقدام به تلقیح مصنوعی مشروع باشد، آیا مردی که فرزند ندارد می‌تواند زنی را اجیر کند تا حامل نطفهٔ او و پرورش دهندهٔ فرزند ناشی از آن باشد؟ آیا تن انسان موضوع قرارداد واقع می‌شود و منفعت آن در برابر پول قرار می‌گیرد و با آن مبادله می‌شود؟ آیا نافذ شناختن چنین قراردادی به معنی مشروع ساختن چهرهٔ دیگری از برده‌فروشی در قرن بیست و یکم نیست؟

از نظر اخلاقی، آیا رواج بچه‌دار شدن از راه تلقیح مصنوعی خانواده و تمام سنت‌های اخلاقی وابسته به آن را بیهود نمی‌کند و به باد تمسخر نمی‌گیرد؟ اگر با اجیر کردن زنی زیبا و سالم بتوان کودکی تندرست و با نسبی مشروع تهیه کرد به دوش کشیدن مسؤولیت خانواده آیا مفهومی دارد؟ آیا مادری که رنج بارداری و زایمان را بر دیگری تحمیل کرده است، آن ارج آسمانی مادر رنجدیدهٔ سنتی را دارد؟ آیا شناسایی این اقدام به وسیلهٔ دادگاه نیروی سرمایه را جانشین عالی‌ترین مظاهر زندگی انسان‌ها نمی‌سازد و بهره‌کشی طبقهٔ ثروتمند را از بینوایان ساده‌تر نمی‌کند؟ آیا اجیر کردن زنی زیبا و تندرست به وسیلهٔ خانواده‌ای ثروتمند و هوسباز بدین معنی نیست که با نیروی سرمایه، نه تنها کار انسان، تن و خون و سلامت او را نیز می‌توان خرید؟ آیا گرفتن فرزندی که زن بینوا و اجیر در رحم خود با شیرهٔ جان پرورده است و دادن آن به مردی که بابت آن پول و اسپرم داده است اقدامی اخلاقی است که دادگاه بتواند از انجام آن برخود ببالد؟ و سرانجام، آیا انسان نباید از خود بپرسد که در برابر حیوان و نبات و جماد دیگر چه شرافتی دارد؟

پاسخ به این پرسش‌ها چندان ساده نیست که در توان نویسنده یا دادرسی بگنجد. انسانیت باید به آنها پاسخ دهد. ما به درستی نمی‌دانیم که موضع اخلاقی سایرین در برابر این مسأله چیست، ولی اطمینان داریم که اخلاق اجتماعی در جامعهٔ کنونی ما چنین نتایجی را نمی‌پذیرد. ما چنان مقهور تکنولوژی یا اسیر تفنن‌های ناشی از آن نشده‌ایم که

۱. قرائت و تمرین (۱۰-۲).

از خود بیگانه شویم و آفریده را آفریدگار پنداریم. آینده را به درستی نمی‌توان پیش بینی کرد. بسیاری از پیشگویان تاریخ به به شرمندگی افتاده‌اند. در چاپ نخست این کتاب یادآور شدیم که اگر چنین تحولی در پیش باشد ما خود را پیشتاز آن نخواهیم کرد. ولی، اکنون از کاروان تحول عقب مانده‌ایم. قانونگذار اصل مشروع بودن رحم جای‌گزین را در صورت خاص و با قیودی پذیرفته است و انتظار می‌رود گام‌های دیگری نیز در این زمینه بردارد و ما ناچاریم به آثار آن بیندیشیم.

مسائل اجتماعی همچون تیغی دو لبه است. بد مطلق در جهان نیست. گاه همین تلقیح مصنوعی گرهی کور را در خانواده‌ای می‌گشاید: زنی به خانوادهٔ خود نور رحمت می‌پاشد و به یاری علم به شوهر عقیم فرزند عطا می‌کند.[1] ولی، در مهندسی اجتماعی، این فایده را به یاری فرزند خواندگی می‌توان فراهم کرد، در حالی که آن ضررها به هیچ تمهیدی دفع نمی‌شود. پس، ذهنی بی طرف و هوشیار عطای این فایده را به لقای آن ضررها می‌بخشد و فریفتهٔ ظاهر نمی‌شود.

رعایت جمع مصلحت‌ها اقتضا می‌کند که تلقیح به بیگانه ممنوع باشد، مگر این که دادگاه ضرورتی اخلاقی و مشروع را مبنای اذن به این ممنوع سازد. منتها، اعطای چنین صلاحیتی به دادگاه نیاز به قانون دارد و از قواعد کنونی استنباط نمی‌شود.

سرانجام، قانون نحوهٔ اهداء جنین به زوجین نابارور مصوب ۱۳۸۲/۴/۲۹ جمع دو مصلحت را بدین شیوه انجام داد که زن و شوهر بارور بتوانند جنین حاصل از لقاح مصنوعی خود را به رحم زن شوهرداری که از حامل شدن مأیوس شده اهداء و منتقل کنند. منتها، فرزندی که از این انتقال زاده می‌شود نسب اصلی خود را از دست نمی‌دهد، ولی رابطهٔ او با پذیرندگان این هدیه «**از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام، نظیر وظائف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است**» (ماده ۳ قانون). یا به بیان ساده‌تر، جنین لقاح شده در حکم فرزند خواندهٔ پدر و مادر پذیرنده است. بنابراین، بحث در بارهٔ این قانون را به فصل «فرزند خواندگی» وامی‌گذاریم.

۱. در این فرض مسأله این است که آیا می‌توان شوهر زنی را که نطفهٔ بیگانه به او تلقیح شده پدر قانونی نوزاد ناشی از آن به شمار آورد؟ ولی، در قرارداد میان شوهر خانواده و زنی بیگانه که برای حمل نطفهٔ او اجیر شده است، مسأله بدین گونه طرح می‌شود که آیا بچه به صاحب نطفه منسوب است؟ رک: قرائت و تمرین (۱۰ـ۳).

در مادهٔ یک که مجوز اصلی اهداء جنین را بیان می‌کند، می‌خوانیم:

«به موجب این قانون کلیه مراکز تخصصی درمان نا باروری ذی صلاح مجاز خواهند بود، با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون، نسبت به انتقال جنین‌های حاصله از تلقیح خارج از رحم زوجهای قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی ناباروری آنها (هر یک به تنهایی یا هر دو به اثبات رسیده) اقدام نمایند».

مبنای این حکم خبری است از معصوم، در بارهٔ انتقال نطفهٔ زن شوهردار از راه مساحقه به دختر باکره، که می‌فرماید کودک به پدر (شوهر) ملحق می‌شود. در این باره، در همین بخش به زودی سخن خواهیم گفت.

در مادهٔ ۲ قانون آمده است: «تقاضای دریافت جنین اهدایی باید مشترکاً از طرف زن و شوهر تنظیم و تسلیم دادگاه شود و دادگاه، در صورت احراز شرایط ذیل، مجوز دریافت جنین را صادر می‌کند:

الف. زوجین، بنا به گواهی معتبر پزشکی، امکان بچه‌دار شدن نداشته باشند و زوجه استعداد دریافت جنین را داشته باشد.

ب. زوجین دارای صلاحیت اخلاقی باشند.

ج. هیچ یک از زوجین محجور نباشند.

د. هیچ یک از زوجین مبتلا به بیماری‌های صعب‌العلاج نباشند.

هـ هیچ یک از زوجین معتاد به مواد مخدر نباشند.

و. زوجین بایستی تابعیت جمهوری اسلامی ایران را دارا باشند.

بنابراین، تنها زن شوهرداری که ناباروری او احراز شده است می‌تواند حامل جنینی شود که از رابطهٔ مشروع ایجاد شده است. احراز شرایط لازم در دادگاه خانواده انجام می‌شود و اذن دادگاه مجوز اقدام پزشکی است (مادهٔ ۴ قانون).

قرائت و تمرین (۱۰)

۱. نسب طفل ناشی از نزدیکی پیش از نکاح

گفته شد که نسب کودک در صورتی مشروع است که ناشی از نزدیکی زن و شوهر باشد. ازدواج زن و مردی که پیش از نکاح با هم‌آمیزش کرده‌اند، نسب کودکی را که از این رابطهٔ نامشروع به وجود آمده است مشروع نمی‌سازد (ش ۳۴۷). در درستی این قاعده از نظر حقوقی تردید نباید کرد. زیرا شرایط لازم برای امکان الحاق طفل به پدر و مادر طبیعی باید در زمان انعقاد نطفه جمع باشد.

با وجود این، از لحاظ اجتماعی این بحث وجود دارد که آیا به مصلحت است که چنین کودکی از سایر خواهران و برادران خود دور بماند و افتضاح ناشی از نزدیکی نامشروع دختر و پسری که اکنون تشکیل خانواده داده‌اند در پیش روی آنان باقی باشد؟

جایی که زن و شوهر نسبت به پذیرفتن فرزند و ادامهٔ زندگی مشترک توافق دارند، فایدهٔ عملی این بحث ناچیز است. زیرا به سادگی می‌توانند به نام خود برای او شناسنامه بگیرند و برای جلوگیری از هرگونه اشکال احتمالی نیز تاریخ تولد طفل را یکی دو ماه دیر وانمود کنند یا اقرار نمایند که تاریخ ازدواج آنان چند ماهی پیش از تاریخ ثبت آن بوده است.

ولی، در مواردی که پسری، برای مصون ماندن از تعقیب کیفری یا دلایل ویژهٔ دیگر، با دختری که از او حامله است ازدواج می‌کند و پس از زایمان از او جدا می‌شود، مسألهٔ شناسایی نسب طفل اهمیت پیدا می‌کند: پدر، برای فرار از اجرای تکالیفی که قانون به عهدهٔ ولی طفل گذارده است، ادعا می‌کند که طفل متولد در زمان زوجیت ناشی از نزدیکی قبل از ازدواج است و

به او ملحق نمی‌شود. ولی، مادر از دادگاه می‌خواهد که، چون طفل او در دوران زناشویی به دنیا آمده است، پدر را محکوم به دادن نفقهٔ طفل و گرفتن شناسنامه کند. در چنین موردی است که عدالت شکننده می‌شود و مصلحت مربوط به جلوگیری از روابط آزاد زن و مرد با مصلحت مربوط به حمایت از کودک تعارض پیدا می‌کند.

بیشتر مردم و حقوقدانان به حمایت از کودک تمایل دارند. به ویژه، همان گونه که ریپر، استاد فرانسوی اشاره می‌کند (ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۱۶۳۸)، مشروع شناختن نسب این اطفال باعث حفظ یگانگی اعضای خانواده می‌شود و مانع از این خواهد شد که بین فرزندان ناشی از یک ازدواج، بر حسب تاریخ ولادت، اختلاف موقعیت ایجاد گردد.

با وجود این، باید دانست که امکان مشروع شناختن نسب این کودکان باعث می‌شود تا رابطهٔ آزاد بین دختران و پسران رونق بیشتری یابد و به امید جبران نتایج این رابطه، به ویژه دختران آسانتر تسلیم مردانی شوند که شاید هیچ گاه سودای تشکیل خانواده را در سر ندارند.

به هر حال، ظاهر مادهٔ ۱۱۵۸ قانون مدنی که می‌گوید: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است...» به رویهٔ قضایی این امکان را می‌دهد که، با فراموش کردن سوابق تاریخی و سنت‌های پیوسته به قانون مدنی، طفلی را که در زمان زوجیت و از نزدیکی پیش از آن به وجود آمده است مشروع بداند. ولی با سیری که افکار عمومی در این راه دارد، از هم اکنون می‌توان پیش بینی کرد که احتمال چنین تفسیری از مادهٔ ۱۱۵۸ اندک است.

۲. نسب طفل ناشی از تلقیح مصنوعی دو بیگانه

چنان که در متن اصلی درس آمد، تلقیح مصنوعی نیز در حکم نزدیکی جنسی است و نسب ناشی از آن تابع رابطهٔ حقوقی زن و مردی است که از ترکیب نطفه‌های آنان جنین تشکیل یافته است. پس، اگر بین آن دو رابطهٔ زناشویی موجود باشد یا تلقیح ندانسته و به اشتباه انجام گیرد، نسب مشروع است. ولی، طفلی را که از تلقیح عمدی نطفهٔ مرد بیگانه به زن ایجاد شده است نمی‌توان به هیچ یک از آن دو منسوب کرد.

با وجود این، چون پاره‌ای از استادان به احتمال و پارهٔ دیگر به طور قاطع از مشروع بودن نسب گروه اخیر طرفداری کرده‌اند، برای آگاهی دانشجویان از نظر مخالف و میزان ارزش علمی آن، در این بخش از «قرائت و تمرین» به نقد و تحلیل استدلال مخالفان می‌پردازیم[1].

۱. مرحوم سید محسن حکیم، در این مورد نیز، مانند موردی که تلقیح بین زن شوهر باشد، طفل را ملحق ←

مرحوم دکتر امامی، با این که در جلد سوم کتاب حقوق مدنی خود نسب ناشی از تلقیح مصنوعی بین دو بیگانه را، در صورتی که با علم زن و مرد انجام شده باشد، در حکم نسب ناشی از زنا دانسته است، در جلد پنجم همین کتاب مشروع بودن این نسب را بدین شرح تقویت می‌کند (ص ۱۸۶):

«... از نظر تحلیلی می‌توان بر آن بود که آنچه از اصول حقوقی و مخصوصاً مواد قانون مدنی ایران استنباط میشود آنست که، هر فرزند طبیعی، قانونی است مگر آنکه قانون تصریح بر خلاف نموده باشد و موردی را که قانون نشناخته ولد زنا است که ملحق بکسی که مرتکب زنا شده نمیگردد و در بقیهٔ موارد طفل ملحق به پدر و مادر است و فرقی هم بین پدر و مادر از جهت آنکه به‌وسیلهٔ طبیعی منی در رحم قرار گرفته یا به وسیلهٔ مصنوعی نمی‌توان گذارد. به‌نظر می‌رسد که پیروی از نظریهٔ اول (نامشروع بودن نسب) با اصول اخلاقی و حفظ خانواده که سلولهای متشکلهٔ اجتماع است، چنانکه در جلد سوم از آن پیروی شده، اولیٰ باشد، ولی از نظر قضایی محض نمیتوان از نظر اخیر دست برداشت».

آقای دکتر سید حسین صفایی نیز، در پلی کپی درس حقوق خانواده، پس از تأیید این اصل که «هر طفل طبیعی ملحق به پدر و مادر خویش است، مگر این‌که ناشی از زنا باشد» و استناد به مادهٔ ۱۱۶۷ قانون مدنی، در بارهٔ الحاق طفل به صاحب نطفه، افزوده است که:

«در تأیید این نظر می‌توان به آنچه فقهای امامیه در مورد مساحقه گفته‌اند استناد نمود. فقهای بزرگ امامیه مانند شیخ طوسی و محقق و صاحب مسالک و صاحب جواهر گفته‌اند هرگاه از طریق مساحقه نطفهٔ مرد اجنبی وارد رحم زن شود و طفلی از آن پدید آید، این طفل متعلق به صاحب نطفه است».

بنابراین، برای روشن شدن مطلب، لازم است درستی اصلی که مورد استناد نویسندگان قرار گرفته است، از نظر قوانین کنونی تجزیه و تحلیل شود. سپس از آنجا که تعیین وضع این گونه اطفال در فقه امامیه به روشن شدن روح قانون مدنی و هدایت «رویه قضایی» در آینده کمک فراوان می‌کند، به بحث تاریخی در بارهٔ نظرهای فقیهان نسبت به فرزند ناشی از مساحقه و مقایسهٔ آن با موضوع مورد گفتگو می‌پردازیم:

۱. از مادهٔ ۱۱۶۷ قانون مدنی فهمیده نمی‌شود که فقط زنا علت نامشروع بودن نسب است و فرزند طبیعی را در سایر موارد باید ملحق به پدر و مادر شناخت:

این بحث در میان پیشینیان نیز وجود داشته است که در تمهید قاعدهٔ شناسایی نسب مشروع

← به مادر می‌داند ولی از آن پدر نمی‌شمرد (منهاج الصالحین، ص ۱۹۷).

از چه اصلی باید پیروی‌کرد: آیا هر طفل که از نظر طبیعی و خونی فرزند نامیده می‌شود، از نظر حقوقی نیز این وصف را دارا است و تنها کودک ناشی از زنا در قوانین استثنا شده است، یا نسب مشروع نیاز به علت مشروع دارد و آنچه ناشی از نکاح درست یا نزدیکی به شبهه نباشد نامشروع است[1]؟

موضع قانون مدنی در این اختلاف به روشنی معلوم نیست. زیرا، از سویی، زیر عنوان «نسب» به تفصیل از طفل ناشی از نکاح درست و نزدیکی به شبهه گفتگو می‌کند، در حالی که اگر تمام فرزندان طبیعی، جز کودک ناشی از زنا، به پدر و مادر خود منسوب می‌شدند، کافی بود تنها این استثنا بیان شود و نیازی به امارهٔ فراش و چگونگی الحاق آن به شوهر یا به واطی به شبهه احساس نمی‌شد. ولی، از سوی دیگر در مادهٔ ۱۱۶۷ تنها از عدم الحاق طفل متولد از زنا نام می‌برد و از موانع ارث نیز، بدون این که اشاره‌ای به سایر فرزندان نامشروع کند، فرزند ناشی از زنا را در زمرهٔ وارثان قرار نمی‌دهد.

با وجود این، در پس این پردهٔ ابهام به خوبی روشن است که قانونگذار تنها فرزندی را دارای نسب مشروع می‌داند که از راهی اخلاقی و مباح به وجود آمده باشد:

همهٔ گفتگوهایی که در بارهٔ شرایط انتساب فرزند به پدر و مادر طبیعی انجام شده برای حفظ اعتبار خانواده است. هدف این است که رابطهٔ جنسی زن و مرد در قالب ویژه‌ای قرارگیرد که ما آن‌را نکاح می‌نامیم. زنا نیز به همین دلیل منع و گاه در زمرهٔ جرایم آمده است تا راه گریز از زندگی در خانواده بسته شود. بنابراین، طبیعی است که نسب مشروع باید تنها در خانواده تحقق پذیرد و نزدیکی به شبهه نیز برای تعدیل این راه حل قاطع بر آن افزوده شود. در حالی‌که استثناکردن زنا از همهٔ نسب‌های طبیعی، قانونگذار را از هدف اصلی دور می‌سازد. زیرا دیدیم که جز زنا راههای دیگری نیز برای حفظ رابطهٔ آزاد زن و مرد و توالد و تناسل وجود دارد.

زنا، شایع‌ترین راه ایجاد فرزند طبیعی است و به همین دلیل، به عنوان نمونهٔ بارز روابط نامشروع، موضوع حکم قرار گرفته است. سکوت قانونگذار در بارهٔ فرزند ناشی از سایر تماس‌های بدنی زن و مرد بیگانه بدین مفهوم نیست که از این راهها می‌توان نسب مشروع به وجود آورد و در زنا خصوصیتی است که مانع الحاق طفل به پدر و مادر طبیعی می‌شود: پس، برای رعایت همین فلسفه و جلوگیری از تعارض احکام در موضوع‌های مشابه، باید همهٔ تماس‌های نامشروع را در حکم زنا شمرد و نسب مشروع را ویژهٔ نکاح و «نزدیکی به شبهه» دانست.

۱. رک: شهید ثانی، مسالک، ج۲، کتاب حدود، در بارهٔ اختلاف شیخ طوسی و ابن ادریس نسبت به اعتبار این اصل.

اکنون که دانستیم نسب مشروع نیاز به رابطهٔ مشروع دارد باید دید آیا تلقیح مصنوعی در شمار این روابط است؟

چنان که اشاره شد، در این باره نباید به اطلاق داوری کرد[1]، زیرا اثر آن در نسب وابسته به رابطهٔ زن و شوهر است و مانند سایر راه‌های باردار شدن به خودی خود حکمی ندارد. بنابراین، هرگاه تلقیح از نطفهٔ شوهر باشد یا ندانسته انجام شود، طفل متولد از آن تابع احکام فرزند ناشی از نکاح یا نزدیکی به شبهه است. ولی، اگر به عمد انجام پذیرد، در حکم روابط جنسی بین بیگانگان است و نسبی به وجود نمی‌آورد. زیرا، از حیث لطمه زدن به اساس خانواده با آنها تفاوتی ندارد:

تلقیح مصنوعی روابط عاطفی انسانی را ماشینی می‌سازد و همهٔ علاقه‌هایی که پدر و مادر را به فرزندان خود ارتباط می‌دهد تابع فعل و انفعال‌های شیمیایی نطفه‌ها می‌سازد و مبنای خانواده را بیهوده می‌کند.

۲. قیاس تلقیح مصنوعی با آنچه نسبت به مساحقه در فقه گفته شد درست نیست و از آنچه فقها در این باره نوشته‌اند نمی‌توان مشروع بودن نسبی را که از تلقیح مصنوعی عمدی بین دو بیگانه ناشی شده است استنباط کرد:

آنچه موضوع خبر محمد بن مسلم از حسن بن علی علیه السلام قرار گرفته این است که مردی با زن خود نزدیکی می‌کند و زن در اثر مساحقه با دختر باکره‌ای وسیلهٔ انتقال نطفهٔ شوهر به رحم او می‌شود. در بارهٔ مجازات مساحقه و مهریهٔ دختری که در اثر زایمان طفل ناخواسته بکارت خود را از دست می‌دهد و نسب طفلی که به دنیا آمده است سؤال می‌شود و حضرت در بارهٔ کودک می‌فرمایند: «به پدرش که صاحب نطفه است داده می‌شود».

شیخ طوسی و محقق (کتاب حدود) و علامه (قواعد ج ۲، ص ۲۵۸) و شهیدین (مسالک، ج ۲، کتاب حدود، شرح لمعه، ج ۲، ص ۲۹۷) و صاحب ریاض (ج ۲، کتاب حدود) و صاحب جواهر (جلد صید و ذباحه، کتاب حدود، ص ۴۹۸ و ۴۹۹)) از مفاد خبر پیروی کرده وطفل را از آن شوهر دانسته‌اند، ولی در باب نسب او به مادر (که در نص خبر حکمی ندارد) اختلاف شده و همهٔ آنان (جز صاحب ریاض)[2] نظری که طفل را به مادر ملحق نمی‌داند تقویت کرده‌اند.

۱. برای دیدن نظری که تلقیح مصنوعی را اقدامی نامشروع می‌شمرد، رک: محمد جواد مغنیة ،فقه در پنج مذهب، ص ۳۷۴ و ۳۷۵.

۲. صاحب ریاض استدلال کرده است که چون در شرع تنها طفل متولد شده از زنا فرزند محسوب نمی‌شود و مساحقه زنا نیست، قوی‌تر این است که طفل به مادر خود منسوب می‌شود و مرحوم حکیم نیز از این نظر طرفداری می‌کند(منهاج الصالحین، ص ۱۹۷).

بر عکس، ابن ادریس، در برابر خبر استدلال کرده است که بنابر مفاد خبر دیگری از معصوم فرزند از آن فراش است و مقصود از فراش زوجهٔ مرد است و در این فرض دختر باکره را نمی‌توان به منزلهٔ فراش مرد دانست. پس، کودک را نباید ملحق به او شمرد.

بنابراین، آنچه از استقراء در کتابهای فقه و مفاد خبر مورد استناد بر می‌آید این است که، بنابر نظر مشهور، کودک ناشی از این مساحقه به شوهر زن می‌رسد ولی مادر حقی بر آن ندارد.

پس از این استنتاج، اکنون باید پرسید که آیا چنان شباهتی بین الحاق طفل به شوهر زن و اقدام پدرو مادر فرزندی که به عمد و در اثر تلقیح مصنوعی آن را ایجادکرده‌اند وجود دارد که بتوان، از راه قیاس، مشروع بودن نسب طفل را با مبنای فتاوای معتبر در فقه و روح قانون مدنی موافق دانست؟

به نظر می‌رسد که باید به این پرسش پاسخ منفی داد. زیرا، در فرض طرح شده، شوهر با زن خود نزدیکی کرده و هیچ اراده و اختیاری در انتقال نطفه به دیگری نداشته است. پس، اقدام او بیشتر به شبهه می‌ماند و خالی از هرگونه شایبهٔ تجاوز به قانون است. آنچه به تلقیح مصنوعی شباهت دارد[1] کار نامشروع دختر است[2] که مشهور فقها با انتساب طفل به او مخالفت کرده‌اند و شهید ثانی در مسالک مبنای شهرت و نظر خود را بدین گونه توضیح می‌دهد: «ففی الحاقه به وجهان من حیث انه ولد من غیر زنا فیلحق بها و من انتفاء سبب الالحاق و هو العقد الصحیح او الشبهة و لانه بحکم الزنا و لهذایجب علیه الحد و هذا اقوی».

۳. توالد بدون عشق

دنیای کنونی را علم اداره می‌کند. پیشرفت صنایع و فنون چهرهٔ زندگی را دگرگون ساخته

۱. این شباهت نیز تام و کامل نیست.

۲. در کامن لا نیز تلقیح مصنوعی، اگر از نطفهٔ غیر باشد، بچه نامشروع است، هر چند با اجازهٔ شوهر انجام شود (کلارک، حقوق روابط خانوادگی، ص ۱۵۷). ولی در عمل امارهٔ مشروع بودن بچهٔ متولد در زمان زوجیت از این کودکان حمایت می‌کند و در بعضی آراء گفته شده است که نگاهداری فرزند به عهدهٔ مادر است زیرا یک قرارداد ضمنی فرزند خواندگی او را متعهد می‌سازد.

با وجود این باید دانست که مسألهٔ بچه‌های ناشی از لقاح مصنوعی چنانکه باید در کامن لا حل نشده است و در آمریکا قانونی اجازه داده است که دادگاه چنین بچه‌ای را، اگر برای مقصود شرعی به وجود آمده باشد، مشروع اعلام کند (برای مطالعه در بارهٔ جنبه‌های حقوقی و اجتماعی تلقیح مصنوعی، رک: مجلهٔ دانشکدهٔ حقوق ویسکانسین ۱۹۶۵، ص ۸۵۶).

است. انسان پای بر بام آسمان نهاده و سودای عروج دارد. زمین را تنگ و محدود می‌بیند. می‌خواهد در کهکشان بجنگد و در مریخ بیارامد.

بی‌گمان جای آن است که از این توان و تسلط بر خود ببالد. ولی، این نگرانی نیز فزونی می‌یابد که خویشتن را فراموش کند و بازیچهٔ ساخته‌های خود شود. تاکنون سخن از این بود که چیرگی بر طبیعت نیروی کار انسان را بیهوده می‌سازد و بجای آن می‌نشیند: ماشین‌های آهنی و کامپیوتر کار صدها انسان زورمند و با تجربه در سراسر هفته را به ساعتی انجام می‌دهند. این کارگران طفیلی و سربار می‌شوند. غذا و آب و برق و مسکن و اتومبیل می‌خواهند، در حالی که در میدان بهره‌وری از طبیعت فایده نمی‌رسانند. اما اکنون نگرانی چهره‌ای کریه‌تر یافته است: علم سودای آن دارد که انسان بسازد یا دست کم در توالد عشق و همهٔ جاذبه‌های آن را حذف کند. این اقدام خانواده را نیز به بازی می‌گیرد و هدف و ماهیت آن را دگرگون می‌سازد.

یکی از انگیزه‌های مهم تشکیل خانواده داشتن فرزند است و پیوند میان زن و شوهر را کودکان خانواده استوار می‌کنند. ولی، هرگاه مردی مجرد بتواند به موسسهٔ تجارتی سفارش فرزند دهد یا زنی بتواند در آزمایشگاه بارور شود، دیگر از خانواده چه می‌ماند؟ از سوی دیگر، اگر بانوی خانواده امکان یابد که، با اجیرکردن زن دیگر، از اسپرم شوهر در رحم بیگانهٔ اجیر برای خود فرزند دست و پا کند، آیا جامعه شوهر را پدر آن فرزند می‌بیند؟ از دیدگاه کودک سرگردان نیز، کدامیک از این دو مادر است؟ آنکه او را در شکم پرورده یا آنکه زندگی را به او آموخته است؟ از دریچهٔ اجتماع حق کدام مقدم است؟ حق مستأجر و سفارش دهنده یا حق اجیر و پذیرندهٔ جوهر طفل؟ از نظر حقوقی، تا چه اندازه قرارداد اجارهٔ رحم نفوذ دارد؟ اگر نیروی الزام‌آور قرارداد را قوانین اجتماع تأمین می‌کند، آیا قانون و رویهٔ قضایی باید این داد و ستد را محترم شمارد؟

این کلاف سردرگم را چگونه باید گشود؟ به پرسشها چگونه باید پاسخ گفت؟ انسانیت توالد بدون عشق را چگونه پذیرا می‌شود؟ به گوشه‌ای از صحنهٔ نمایش قرن می‌نگریم و بازتاب این زندگی نو و در سایهٔ علم را در دادگاه و مطبوعات و محافل مذهبی و انجمن‌های تحقیقاتی مشاهده می‌کنیم[1]...

۱. مجلهٔ تایم، در شماره‌های ۲۲ سپتامبر ۱۹۸۶ و ۱۹ ژانویه و مارس و آوریل ۱۹۸۷، چهار مقاله زیر عنوان «آیا رحم قابل اجاره است؟» منتشر ساخته و ضمن آن ماجرای یک دادرسی جنجالی در آمریکا را همراه با اظهار نظر پاره‌ای از محافل اخلاقی و مذهبی نقل کرده است. متن مقاله‌ها به وسیلهٔ دوست و همکار گرامی آقای دکتر فرد سعیدی به فارسی برگردانده شده و در اختیار نویسنده قرار گرفته است که بدین وسیله از ایشان تشکر و قدردانی می‌شود.

ویلیام استرن ۴۰ ساله متخصص بیوشیمی و همسرش الیزابت ۴۱ ساله (پزشک متخصص تغذیه) در سال ۱۹۸۵ تصمیم می‌گیرند که از راه تلقیح اسپرم شوهر به زنی بیگانه فرزندی به خانواده آورند. انگیزهٔ این اقدام به درستی روشن نیست: وکیل این خانواده در دادگاه اعلام می‌کند که دلیل آن بیماری خانم استرن بوده است، ولی وکیل طرف دعوا ادعا دارد که انگیزهٔ زن و شوهر گرفتاری شغلی خانم استرن و رهایی از قید دوران بارداری و نتایج آن است.

زن و شوهر به «مرکز باروری و مادریابی نیویورک» که مؤسسهٔ انتفاعی است و نقش واسطه و کاریاب را به عهده دارد رجوع می‌کنند. مرکز داوطلبان را به آنان معرفی می‌کند. خانوادهٔ استرن از میان ۳۰۰ داوطلب خانم ماری وایتهد (خانه‌دار) را برای باروری بر می‌گزینند. این خانم ۲۹ ساله دارای دو کودک دیگر است که به مدرسه می‌روند و شوهرش نیزکارگر شهرداری است و به منظور جلوگیری از بچه‌دار شدن خود را عقیم‌کرده است. قراردادی بسته می‌شود که به موجب آن خانم وایتهد اسپرم آقای ویلیام استرن را در رحم خود می‌پذیرد و متعهد می‌گردد که در دوران بارداری با شوهر خود همبستر نشود، رژیم غذایی خاص را رعایت کند، پس از زایمان از برقراری رابطهٔ عاطفی مادر و فرزندی با نوزاد بپرهیزد و او را به خانوادهٔ استرن تحویل دهد. در مقابل، خانواده استرن هزینه‌های پزشکی تلقیح مصنوعی و زایمان را بر عهده می‌گیرند و تعهد می‌کنند که مبلغ ده هزار دلار به خانم وایتهد و ده هزار دلار به مرکز باروری نیویورک بپردازند: همانند قرارداد اجارهٔ خدمات، که اجیر خانم وایتهد مستأجر خانوادهٔ استرن و موضوع اجاره نگاهداری اسپرم مستأجر در رحم اجیر در برابر مبلغ ده هزار دلار است و به همین مناسبت مجلهٔ تایم آن را «اجارهٔ رحم» نامیده و پرسیده است که «آیا رحم قابل اجاره است»؟

پس از انجام تلقیح و زایمان، خانم وایتهد ازگرفتن دستمزد و تحویل نوزاد خودداری می‌کند و بچه را به خانهٔ خود می‌برد. سه روز بعد استرن‌ها نوزاد را از خانم وایتهد تحویل می‌گیرند، ولی روز بعد مادر طبیعی به اصرار از سفارش دهندگان می‌خواهد که چندی به‌طور موقت بچه را به او بدهند. دو هفتهٔ بعد که استرن‌ها به او رجوع می‌کنند با مقاومت روبرو می‌شوند و آنگاه که با در دست داشتن دستور حضانت موقت دادگاه و به همراهی پلیس برای استرداد بچه می‌روند، خانم وایتهد و شوهرش به فلوریدا می‌گریزند. مقام‌های رسمی به کمک کارآگاه خصوصی که استرن‌ها استخدام کرده بودند پس از سه ماه جستجو کودک سرگردان را می‌یابند و به نیوجرسی باز می‌گردانند و دادگاه حضانت موقت او را به خانم استرن می‌سپارد و به خانم وایتهد اجازه می‌دهد که دوبار در هفته و هر بار دو ساعت طفل را ملاقات کند.

باید افزود که دربارهٔ نفوذ قرارداد و سرنوشت چنین دعوایی قانون خاصی در آمریکا وجود

ندارد. به‌طور معمول، زنانی که از بارداری از همسر خود مأیوس می‌شوند با موافقت شوهر حاضر به تلقیح نطفهٔ بیگانه به خود می‌گردند و در ۲۹ ایالت که در مورد تلقیح مصنوعی قوانینی دارند، تصمیم گرفته‌اند که نوزاد از آن مادر طبیعی و شوهر او باشد و صاحب نطفه، که بیشتر ناشناسی است که اسپرم را به مؤسسه‌ای فروخته، حقی بر فرزند طبیعی ندارد. این تصمیم، اگر مشروع بودن تلقیح نطفهٔ بیگانه به زن پذیرفته شود، منطقی و عادلانه است .زیرا، از یک سو پدر طبیعی قصد توالد ندارد و مادهٔ حیاتی را همچون کالایی می‌فروشد. از سوی دیگر، مادر طبیعی داوطلب پروردن و نگاهداری از نوزاد است و او را همچون بخشی از پیکر خود تغذیه می‌کندو به او مهر می‌ورزد. عرف و اخلاق، خانوادهٔ مادر را در حکم خانوادهٔ مشروع طفل می‌بیند و در نتیجه شوهر را پدر نوزاد «فرض» می‌کند.

ولی، موضوع دعوا از این دشوارتر است. پدری شناخته شده و داوطلب حضانت است و اسپرم خود را با دستمزد به زنی می‌دهد تا کودک او را بپرورد. این بار پدر و مادر طبیعی هر دو آگاهانه تصمیم به توالد گرفته‌اند، منتها مادر به حکم قرارداد ملتزم شده است که نقش اجیر را به عهده بگیرد و نوزاد را به پدر بسپارد. اکنون باید دید حقوق کدامیک از آن دو را مقدم می‌داردو چه نقشی برای قرارداد خصوصی در این زمینه قائل است ؛ تصمیمی که به مراتب دشوارتر از فرض نخست است و به همین جهت در چند سال گذشته حداقل ۲۱ ایالت کوشیده‌اندکه قانونی در این باره وضع کنند و تاکنون توفیقی نداشته‌اند. اکنون دادگاه نیوجرسی می‌خواهد برای حضانت و نسب طفل تصمیم بگیرد.

وکیل خانواده وایتهد قرارداد مورد گفتگو را به «خرید طفل» مانندکرد و آن‌را با قوانین مربوط به منع فروش اطفال مخالف دانست. ولی، این ایراد را دادگاه ردکرد، به این استدلال که «پدر نمی‌تواند طفلی راکه متعلق به خود اوست بخرد». در این استدلال، نوعی مصادرهٔ به مطلوب دیده می‌شود، زیرا تمام بحث در این است که آیا بچهٔ ناشی از تلقیح مصنوعی دو بیگانه به پدر تعلق دارد یا به مادر؟ پس، چگونه می‌توان مقدمهٔ مورد نزاع را پایه و مبنای صدور حکم قرارداد؟ در واقع، دادگاه باید نخست تصمیم بگیرد که در چنین وضعی کودک به پدر منسوب است یا مادر، و آنگاه اعلام کند که آیا وجود قرارداد می‌تواند در این حکم تغییری دهد یا نفوذ حقوقی ندارد. ایراد وکیل خانم وایتهد نیز در صورتی وارد می‌نماید که ثابت شده باشد چنین طفلی منسوب به مادر است و پدر آن را خریده است. بدین ترتیب، مدافع و قاضی هر دو بر مجهول تکیه زده‌اند؛ سؤالی که باید به صراحت به آن پاسخ داده می‌شد.

سرانجام نیز دادگاه از دادن پاسخ صریح به این سؤال طفره رفته است یا در مجلهٔ نقل کننده

(تایم) تمام آن نیامده. از آنچه در شمارهٔ ۱۳۰ مجلهٔ تایم در آوریل ۱۹۸۷ بر می‌آید، قاضی دادگاه (هاردی سارکا) از نظر اصول «قراردادهای بچه سازی» را مشروع می‌داند و آن را از شاخه‌های حق توالد تضمین شده در قانون اساسی می‌بیند. با وجود این، اعلام می‌کند که این گونه قراردادها خود به خود قابل اجرا نیست و هنگام بروز اختلاف بین دو طرف معیار تصمیم‌گیری «مصلحت کودک» است.

جمع بین درستی توافق و قابل اجرا نبودن آن در زمان اختلاف با مفهومی که ما از قرارداد و نیروی الزام‌آور آن داریم دشوار است، چراکه اگر قرارداد درست باشد قابل تنفیذو اجرا نیز هست. ولی، باید دانست که در حقوق آمریکا، احتمال دارد که عقد درست نیز نیروی الزام‌آور را نداشته باشد (مانند عقدی که مفاد آن با قانون مرور زمان یا تقلب و حیله مخالف باشد)[1]. از ظاهر رأی چنین برمی‌آید که «قرارداد بچه سازی» باطل نیست و دو طرف می‌توانند با توافق آن را اجرا کنند، ولی نمی‌توانند از دادگاه اجرای آن را بخواهند. با وجود این، دلیل این عدم قابلیت اجرا در رأی توجیه نشده و تنها اعلام گردیده است که معیار تصمیم‌گیری منافع کودک است.

«مصلحت کودک» می‌تواند معیار تمیز شخصی باشد که دادگاه حضانت از کودک را به او می‌سپارد. با همین معیار بایستی پدر یا مادر را برگزید یا بیگانه‌ای را بر آنان ترجیح داد. حضانت تنها حق پدر یا مادر نیست؛ سمت اجتماعی است که در اعطای آن شایستگی و توان، به عنوان شرط ضروری، مورد توجه قرار می‌گیرد. ولی، این معیار در تمیز نسب کاربردی ندارد. مادر ناشایسته را می‌توان از نگاهداری و تربیت فرزند محروم کرد، ولی خلع سمت مادری بر این مبنا امکان ندارد. در فرض ما، که نه پدر طبیعی ارج و حرمت پدر سنتی و مشروع را دارد و نه مادر، اگر جامعه بخواهد کودک را دارای نسب مشروع بداند، باید به وسیلهٔ قانون یکی از آن دو را برگزیند، وگرنه، با تفسیر اصول حقوقی و از راه قضایی به دشواری نتیجه‌ای به دست می‌آید.

در رأی دادگاه نیوجرسی، خانم وایتهد با واژه‌های «بی حقیقت» و «احساساتی» و «خودخواه» و مانند اینها توصیف شده، و مکافات ناشایستگی او این است که از حق حضانت محروم شود. ولی، می‌بینیم که دادگاه، آن گونه که در مجلهٔ تایم نقل شده است، او را از حق مادری محروم می‌سازد و مهم‌تر این‌که خانم استرن، یعنی زن پدر طبیعی، را مادر قانونی طفل قرار می‌دهد: تصمیمی شجاعانه که،اگر مقصود تمیز مادر واقعی باشد، بیگمان با اصول حقوقی ما سازگار به نظر نمی‌رسد و باید به انتظار نشست تا داوری دادگاه پژوهش نیوجرسی در این باره معلوم شود.

۱. کوربن، قراردادها، ش ۸ ـ کالاماری و پریلو، قراردادها، ص ۱۸ و ۱۹.

ولی احتمال هم می‌رود که منظور «مادر حکمی» و فرزندخواندگی باشد.[1]

در نظام حقوقی ما، نسب مشروع هیچ گاه از نسب طبیعی دور نمی‌افتد. قانون و دادگاه وصف «مشروع» یا «نامشروع» بودن نسب طبیعی را معین می‌کند، ولی هرگز به دلیل شایستگی یا وجود قرارداد یا حتی مصلحت کودک به بیگانه سمت «مادری» اعطاء نمی‌کند. این موهبتی است که خداوند یا طبیعت به انسان ارزانی می‌دارد و قوانین تنها آثار آن را معین می‌کنند و گاه با شرایطی اجازه می‌دهند که بیگانه کودکی را به فرزندی بپذیرد. در فرض اخیر نیز کودک در حکم فرزند است و همهٔ اوصاف فرزند طبیعی و آثار حقوقی آن را ندارد.[2]



قراردادهای بچه سازی در آمریکا از سال ۱۹۷۶ شایع شد و تاکنون حدود پانصد مورد طفل از راه تلقیح مصنوعی و به شیوهٔ تجارتی به دنیا آمده و مورد داد وستد قرار گرفته‌اند. کاریابی در این زمینه پیشهٔ تازه‌ای است که امریکائیان بدان دست یافته‌اند. چندین مرکز تجارتی ـ پزشکی به این کار اشتغال دارند و صنعتی است رو به رشد. سوداگران این گونه پیمان‌ها را بسیار قدیمی می‌دانند. می‌گویند، هنگامی که معلوم شد سارا همسر ابراهیم نازا است، ابراهیم به راهنمایی و کمک سارا به هاجر روی می‌آورد و اسمعیل ثمرهٔ این تبانی است. ولی، از این نکته زود می‌گذرند که سارا نیز ازکرده پشیمان شد.

قراردادها گاه به نتایج غم‌انگیزی می‌رسد که دعوای یاد شده نمونه‌ای از آن است. در این نمایش مادّیگری و سنت‌شکنی، جمله‌ای از خانم وایتهد تکان دهنده است که گفت: «مردم فکر می‌کنند ما بر سر یک اتومبیل دعوا داریم، در حالی که بچه شییء نیست، جزئی از وجود من است». نمونهٔ دیگر موردی است که زن و شوهر، پس از سفارش بچه از یکدیگر جدا شدند و مادر طبیعی را واداشتند که سقط جنین کند، چراکه دیگر به آن طفل نیاز نداشتند!

باید افزود که در جامعهٔ حقوقدانان و دانشمندان اجتماعی و محافل مذهبی آمریکا نیز نافذ شناختن این گونه قراردادها مخالفانی سرسخت دارد و پیشنهادهای گوناگونی در مقابلهٔ با آن طرح شده است که می‌توان بدین شرح خلاصه کرد:

۱. این عبارت مجلهٔ تایم که می‌نویسد: «... پس از قرائت حکم، قاضی سارکا پدر طفل و همسر او را به دفتر خود فراخواند و... جریان قضایی فرزند خواندگی را نیز به پایان برد و خانم استرن را مادر قانونی طفل قرار داد» احتمال «فرزند خواندگی» را تایید می‌کند.

۲. ش ۵۵۱ به بعد و قرائت و تمرین (۱۳).

۱. گروهی اعتقاد دارند که با این پدیده باید مبارزه‌کرد: کمیتهٔ ملی فرزندخواندگی آن را نوعی خرید وفروش بچه می‌داند. کلیسای کاتولیک رم، که با هرگونه تلقیح مصنوعی و خارج از روابط عادی زناشویی (حتی تلقیح نطفه شوهر به زن) مخالف است، قراردادهای بچه سازی را تجاوز به اتحاد زیست شناختی و معنوی زن و شوهر می‌داند. خاخام تندلر استاد دانشگاه در رشتهٔ اخلاقیات پزشکی یهود می‌گوید، این پیمان نوعی اجارهٔ زهدان برای نه ماه است. در گذشته، انسانی را به‌طور کامل به بردگی می‌خریدند و اکنون می‌توان اندام خاصی از او را خرید! بسیاری از پروتستان‌ها نیز مانند واتیکان نگران گسترش روش‌های جدید بارداری هستند.

با این‌که در گذشته مقام‌های بلندپایهٔ کاتولیک دربارهٔ مسائل اخلاقی تحقیقات زیست‌شناسی بارها اظهار نظرکرده بودند، واتیکان در زمان جان پل دوم تصمیم گرفت که به درخواست پیروان خود، و به ویژه آمریکایی‌ها، پیرامون این مسائل سند جامعی تهیه کند. تدوین رساله حدود بیست ماه به درازا کشید و در نگارش آن با ۶۰ متخصص علوم الهی و ۲۰ دانشمند از کشورهای مختلف مشورت شد و سرانجام این رساله در ۴۰ صفحه با شیوهٔ «پرسش و پاسخ» و زیر عنوان «تعلیم در بارهٔ احترام به منشأ حیات انسان و به مقام توالد او» انتشار یافت و فتوای قاطع کلیسا را نسبت به حرمت سقط جنین و هرگونه تلقیح مصنوعی و پروردن تخمک در آزمایشگاه بیان‌کرد.

۲. گروه دیگر، با تکیه بر فواید آن در زمینهٔ رفع محرومیت از خانواده‌های بدون بچه، با نفی و تحریم این پدیده مخالفند و در پی آنند که تلقیح مصنوعی و قراردادهای بچه‌سازی را در قالبی اخلاقی محصور سازند و از سودجویی و سوءاستفاده از این صناعت مربوط به شناخت زیست‌شناسی جلوگیری کنند: پیشنهاد شده است که، مانند فرزندخواندگی، قراردادها بایستی توسط مؤسسه‌های غیر انتفاعی تنظیم و به امضای دو طرف برسد و آن دو تا مدتی حق بر هم زدن قرارداد را داشته باشند. در میان گروه میانه‌رو این سؤال هنوز مطرح است که، اگر چنین قراردادی برای همسران نازا مجاز باشد، آیا زنان مجرد نیز می‌توانند از آن استفاده کنند؟ و آیا زنان شوهرداری که سالمند ولی نمی‌خواهند دوران بارداری به کار آنان صدمه بزند، حق دارند طرف چنین قراردادی باشند؟

جالب این است که در قراردادهای نمونهٔ کنونی، تکالیف گوناگونی برای زن اجیر پیش بینی شده است: از جمله این‌که در دوران بارداری سیگار نکشد، مشروب ننوشد، دارو نخورد و مقارن با تلقیح مصنوعی روابط جنسی نداشته باشد، بدون اجازهٔ پدر (صاحب نطفه) سقط جنین نکند و در بعضی از قراردادها ملزم می‌شود که اگر آزمایش‌ها نشان دهد که جنین غیر عادی است آن را سقط کند. ولی، در برابر، هیچ شرطی امکان بازرسی و انتخاب خانه‌ای که فرزند خود را به آن

می‌فرستد به او نمی‌دهد. درست همانند قراردادی که کارفرمایی مرفه باکارگر نیازمند خود در بازار آزاد می‌بندد.

اشکال عمدهٔ زندگی در قرن ما این است که تکنولوژی مسائل خاص خود را در جامعهٔ انسان‌ها به ارمغان می‌آورد، ولی راه حل آنها را ارائه نمی‌کند. این ماییم که در برابر بهره‌مند شدن از منافع علوم و صنایع ناچاریم که برای دشواری‌های زندگی راه حل بیابیم و وای بر ما اگر گوهر وجود را از دست بدهیم و گمگشتهٔ خود را به طوفان‌ها بسپاریم یا دلباخته و خود باخته به سوی آنها رویم. سنت‌ها، به همان اندازه که مزاحمند، چون تخته پاره‌های کهن برای نجات به کار می‌آیند. خوشبخت آنان که به نیروی خرد و تجربه از آنچه دارند برای استوار ماندن استفاده می‌کنند و، در عین حال، در صراط مستقیم در حرکتند تا از کاروان عقب نمانند.[1]

1. Instruction on report for human life in its origine and on the dignity of procreation : Replays to certain questions of the Day.

مبحث دوم: اثبات نسب

۳۵۳. وقایعی که نیاز به اثبات دارد:

گفته شد که برای اثبات نسب مشروع لازم است که پدر و مادر طبیعی طفل زن و شوهر باشند، نزدیکی بین آنان واقع شود و کودک ناشی از همبستری آنان پس از ازدواج باشد. بدین ترتیب، نسب مادری و پدری تجزیه‌ناپذیر است و باهم ارتباط نزدیک دارد. در هر یک از این مراحل، وقایعی مورد گفتگو قرار می‌گیرد که برای اثبات نسب در دادگاه و سایر مراجع باید احراز شود. اکنون باید دید که این وقایع کدام است و با چه دلایلی احراز می‌شود؟

برای روشن شدن این بحث، فرض می‌کنیم حسن ادعا دارد که فرزند مشروع علی و فاطمه است. برای اثبات این ادعا باید احراز شود که:

۱. علی و فاطمه زن و شوهر هستند؛

۲. حسن را فاطمه زاییده است؛

۳. مدعی همان حسن است که از فاطمه به دنیا آمده است.

۴. آبستنی فاطمه نتیجهٔ نزدیکی او و علی بعد از ازدواج است.

اثبات نخستین عامل این دعوا، یعنی وقوع ازدواج بین علی و فاطمه، با اجباری شدن ثبت نکاح به طور معمول به وسیلهٔ قباله ازدواج انجام می‌شود. ولی، چنان که گفته شد، تخلف از ثبت نکاح در نفوذ آن اثر ندارد، نکاح را به وسیلهٔ اقرار زوجین و شهادت شهود و امارات نیز می‌توان اثبات کرد و مندرجات شناسنامهٔ دو طرف نیز، تا زمانی که خلاف آن در دادگاه ثابت نشده است، دلیل وقوع ازدواج است. بنابراین، در اثبات نسب، مباحث مربوط به احراز وقوع نکاح را، که در صلاحیت دادگاه خانواده است، تکرار نمی‌کنیم.

عامل دوم و سوم، نسب طفل را به مادر و عامل چهارم انتساب او را به پدر می‌رساند. پس، به پیروی از همین ترتیب طبیعی، اثبات نسب مادری و پدری را جداگانه مطرح می‌سازیم:

گفتار نخست: اثبات نسب مادری

۳۵۴. اجرای قواعد عمومی:

در قانون مدنی ایران، بر خلاف فرانسه، مقررات ویژه‌ای برای اثبات نسب مادری وجود ندارد و قواعد آن تابع احکام عمومی دلایل اثبات دعوا است. چنان که گفته شد، کسی که می‌خواهد نسب مشروع خود را به زنی شوهردار اثبات کند، باید دلیلی بیاورد که فرزند آن زن است. این دلیل نیز گاه ناظر به دو امر گوناگون می‌شود: زایمان زن، و انطباق فرزندی که به دنیا آورده است با مدعی نسب.

هیچ یک از این دو عامل در زمرهٔ اعمال حقوقی نیست تا دلایل اثبات آن محدود باشد. حاملگی و زایمان در شمار وقایع خارجی، مانند تولد و مرگ و تصادم دو اتومبیل، قرار دارد و با هر دلیلی، از جمله شهادت و امارات، نیز قابل اثبات است. با وجود این، چون اثبات نسب ویژگی‌هایی دارد که اجرای قواعد عمومی در بارهٔ آن به سادگی امکان‌پذیر نیست، اعتبار مهم‌ترین دلایلی را که به طور معمول در این گونه دعاوی به کار می‌رود بررسی می‌کنیم:

۳۵۵. سند ولادت؛ شناسنامه:

شناسنامه متداول‌ترین دلیلی است که برای اثبات نسب به دادگاه ارائه می‌شود. این سند به‌طور معمول در اختیار همهٔ فرزندان مشروع قرارداد، زیرا پدر و مادر اشتیاق دارند تا هرچه زودتر گذرنامهٔ ورود کودک خود را به جامعه به دست آورند. اکنون باید دید این سند از چه اعتباری برخوردار است و نیروی اثبات کنندهٔ آن تا چه میزان است؟

شناسنامه در واقع رونوشت سند ولادت است که از طرف مأمور ثبت احوال به اشخاص داده می‌شود و به همین جهت، اعتبار آن تابع سند اصلی است. ولادت طفل، به طور معمول از طرف پدر یا مادر و به استناد گواهی قابله یا بیمارستانی اعلام می‌شود که کودک را به دنیا می‌آورد (مواد ۱۴ و ۱۵ قانون ثبت احوال مصوب ۱۶ تیر ماه ۵۵. این

اعلام را مأمور سجل احوال در دفاتر ویژه ثبت و بر مبنای آن برگ ولادت صادر می‌کند که مبنای شناسنامه قرار می‌گیرد و، هرگاه گواهی قابله و بیمارستانی همراه با اعلام نباشد، دو نفر شاهد نیز برای پذیرش اعلام ضرورت دارد (مادهٔ ۱۵).

شناسنامه بی‌گمان سند رسمی است، زیرا نزد مأمور صالح دولت تنظیم می‌شود (مواد ۹۹۹و ۱۲۸۷ ق.م.) به همین دلیل، همهٔ مراجع رسمی و دادگاه‌ها آن را می‌پذیرند و برای اثبات مطالبی که در آن نوشته شده است دلیل دیگری نمی‌خواهند. پس، تنها پرسشی که باقی می‌ماند این است که مفاد شناسنامه یا سند ولادت چیست؟ آیا به تنهایی بر تولد طفلی که در آن اعلام شده از مادر معین و اتحاد آن طفل با دارندهٔ شناسنامه دلالت دارد یا مفاد آن تنها ناظر به ولادت طفل معین از مادر است و برای اتحاد آن با متصرف شناسنامه باید دلیل اضافی ارائه کرد؟

فرض کنیم کسی شناسنامه‌ای ارائه می‌کند که در آن حسن به عنوان پسر فاطمه معرفی شده و ادعا می‌کند که حسن او است. آیا، در چنین فرضی، می‌توان نسب مدعی را نسبت به فاطمه تنها با شناسنامه احراز کرد، یا برای اثبات این امر که او همان حسن است باید دلیل اضافی خواست؟

بیشتر نویسندگان فرانسوی در پاسخ این پرسش گفته‌اند که شناسنامه به خودی خود دلالت ندارد که ارائه کننده همان کسی است که نامش در دفاتر ثبت احوال ثبت شده است، و این امر باید جداگانه اثبات شود[1] بعضی نیز خواسته‌اند ارائهٔ شناسنامه را کافی بدانند و بار اثبات را بر دوش کسی نهند که منکر اتحاد ارائه کنندهٔ شناسنامه با نام مندرج در آن است.[2]

از لحاظ نظری، حق با گروه نخست است، زیرا از سند شناسنامه بر نمی‌آید که متصرف آن راست می‌گوید. نه مأمور ثبت احوال چنین تصدیقی کرده است و نه از اعلام مادر و پدر یا بیمارستان و سایر مؤسسات این مفهوم بر می‌آید. آنچه در توجیه نظر دوم

۱. ریپروبولانژه، ج ۱، ش ۱۶۵۶ ـ مازو، ج ۱، بخش دوم، خانواده، ش ۸۲۷ ـ کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۱۲۴۹ ـ پلنیول و ریپر و رواست، ج ۲، ش ۷۴۲ ـ مارتی و رینو، ج ۱، ش ۴۶۷.

۲. کاربونیه، ج ۱، ش ۱۵۸، ص ۵۰۵ به بعد.

گفته شده است به دو دسته تقسیم می‌شود:

۱. پاره‌ای از امارات و ظواهر (از جمله این که، وقتی کسی با همان سن و جنس اعلام شده در سند ولادت شناسنامه‌ای را ابراز می‌کند، باید او را مالک شناسنامه انگاشت) که به هر حال دلایل خارجی است و دلالت برگ شناسنامه بر اتحاد مدعی با آنچه در آن اعلام شده است را نمی‌رساند.

۲. پاره‌ای از استحسان‌های دور از ذهن، از جمله این که شناسنامه دلالت بر تولد فرزندی دارد و اگر ارائه کننده همان فرزند نباشد پس او کجاست؟ آیا مرده یا مفقود شده و اگر چنین است دلایل این فوت یا فقدان باید به دادگاه ارائه شود.

ولی، چنان‌که ملاحظه می‌شود، تصدیق این امر که فرزندی متولد شده است و نامعلوم بودن فوت یا فقدان او به هیچ رو دلالت ندارد که ارائه کننده همان فرزند است، مگر این که دلایل خارجی دیگر این امر را مدلل دارد. بنابراین، باید نظر کسانی را تأیید کرد که مفاد شناسنامه را برای اثبات اتحاد ارائه کنندهٔ آن با کسی که در سند ولادت اعلام شده کافی نمی‌دانند.

با وجود این، باید دانست که در عمل این دو نظر با هم بسیار نزدیک است. زیرا، قراینی که راستگویی ارائه کننده را تأیید می‌کند چندان فراوان و با اعلام‌های مندرج در سند ولادت ارتباط دارد که در بیشتر موارد او را از آوردن دلیل اضافی بی نیاز می‌کند.

برای مثال، همین که سن و جنس ارائه کنندهٔ شناسنامه با مفاد آن تطبیق کند یا عکسی که به طور معمول به شناسنامه الصاق می‌شود با ارائه کننده شبیه باشد یا مفاد شهادت گواهانی که شناسنامه به استناد اظهارات آنان صادر شده است این اتحاد را برساند، می‌تواند مرجعی که شناسنامه به آن ارائه شده است رادربارهٔ درستی ادعای دارندهٔ آن قانع سازد.

به اضافه، چون هیچ قانونی (جز در مورد پاره‌ای امور تشریفاتی) اصل را بر نادرستی و دروغگویی یا اشتباه نمی‌گذارد و، بنابر حکم غالب، دارندهٔ شناسنامه مالک واقعی آن نیز هست، تا زمانی که هویت کسی مورد تردید قرار نگیرد، جز شناسنامه دلیل دیگری از او خواسته نمی‌شود و امارهٔ قضایی تصرف شناسنامه برای کامل ساختن دلایل اثبات

نسب کافی است.[1]

در موردی هم که هویت ارائه کنندهٔ شناسنامه مورد انکار قرار می‌گیرد، دادگاه می‌تواند از قراینی که با ارائهٔ شناسنامه همراه است برای فصل دعوا استفاده کند. ولی، هرگاه این قراین او را قانع نسازد، دلیل اضافی را باید ارائه کننده بدهد. زیرا، گفته شد که سند ولادت به تنهایی نسب ارائه کننده را ثابت نمی‌کند و باید این سند را با دلایل دیگر تکمیل کرد. بنابراین، از انکار کننده نمی‌توان خواست که برای اثبات گفتهٔ خود دلیل بیاورد. او از این اقدام بی نیاز است و در دعوای نسب نقش مدعی علیه را دارد.

در همین نکته است که گفتگوهای نظری نویسندگان در ادارهٔ دادرسی نیز مؤثر می‌شود، چون اگر ادعای کسانی که سند ولادت را برای اثبات نسب کافی می‌دانند بپذیریم، آن گاه اثبات این امر که ارائه کننده با صاحب سند ولادت تفاوت دارد بر عهدهٔ انکار کننده قرار می‌گیرد.

برای تکمیل دلالت شناسنامه بر نسب ارائه کنندهٔ آن از همهٔ دلایل می‌توان استفاده کرد، ولی گذشته از شهادت گواهان، دو امارهٔ قضایی بیش از همه به کار می‌آید:

۱. تطبیق عکس شناسنامه با قیافه و خصوصیات ارائه کننده که در شناسنامه‌های عکس‌دار مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۲. اثبات این امر که، زنی که نسب ارائه کنندهٔ شناسنامه به او مورد گفتگو است به عنوان مادر با او به سر می‌برده و به دیگران معرفی شده است. در حقوق ما، تصرف وضع مدنی شخص امارهٔ قانونی بر درست بودن آن نیست، ولی ظاهری است که نمی‌توان از آن گذشت و همیشه، به عنوان امارهٔ قضایی، در اثبات نسب مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۱. لزوم اقامهٔ دو شاهد معتمد برای اثبات هویت شخص هنگام تنظیم سند رسمی (مواد ۵۰ و ۵۲ قانون ثبت) از تضمین‌های اضافی است که قانونگذار برای تأمین اعتبار اسناد رسمی اندیشیده است و از آن نمی‌توان نتیجه گرفت که قراین و امارات در موارد دیگر نیز نمی‌تواند هویت دارندهٔ شناسنامه را اثبات کند.

۳۵۶. اثبات خلاف مفاد شناسنامه:

در پاره‌ای از دعاوی مربوط به نسب، در برابر ارائهٔ شناسنامه، طرف دعوا ادعا می‌کند که مفاد سند ولادت خلاف واقع است. برای مثال، حسن به استناد شناسنامهٔ خود ادعا می‌کند که فرزند فاطمه است و از او ارث می‌برد. ولی حسین که خود را وارث منحصر به فرد فاطمه می‌داند، گفتهٔ حسن را نمی‌پذیرد و ادعا می‌کند که مادرش به دلیل محبت سرشاری که به حسن داشته او را فرزند خود معرفی کرده و سند ولادت بر مبنای این اعلام نادرست تنظیم یافته است. اکنون باید دید ادعای حسین با چه تشریفاتی در دادگاه پذیرفته می‌شود و چه دلایلی می‌تواند آن را اثبات کند؟

گفته شد که سند ولادت سند رسمی است که نزد مأمور صالح دولت (ثبت احوال) تنظیم می‌شود. بنابراین، ممکن است ادعا شود که، چون مفاد این گونه اسناد نیز از اعتبار سند رسمی بهره‌مند است، طرفی که آن را خلاف واقع می‌داند باید نسبت به آن ادعای جعل کند (مادهٔ ۱۲۹۲ ق.م.) و این دعوا را نیز با شهادت شهود نمی‌توان اثبات کرد (مادهٔ ۱۳۰۹ ق.م.).

ولی، این ادعا را، که با ظاهر مواد قانونی مدنی نیز سازگار است، نباید پذیرفت زیرا:

۱. امروز همهٔ محققان پذیرفته‌اند که مندرجات اسناد رسمی، از حیث اعتبار یکسان نیست و باید بین آنچه به وسیلهٔ مأمور رسمی احراز شده یا نزد او رخ داده است و آنچه به مأمور اعلام شده و او در جریان وقوع یا احراز درستی آن دخالت نداشته است تفاوت گذارد.[۱]

درستی گروه نخست را شاهد ممتازی که قانون معین کرده است تصدیق می‌کند. پس، ادعای نادرستی آنها به منزلهٔ نسبت دادن دروغگویی و تزویر به مأمور رسمی است و تنها از راه ادعای جعلیت امکان‌پذیر است. لکن، درگروه دوم، مأمور رسمی آنچه را به او اعلام شده است در سند آورده و از خود چیزی بر آن نیفزوده است، پس چگونه

۱. کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۷۴۵ و ۱۲۴۹ - ریپروبولانژه، ج ۱، ش ۱۰۵۲ - مارتی و رینو، ج ۱، ش ۴۶۷ - مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش ۱، ش ۴۱۴ و ۵۲۳ - پلنیول و ریپر، ج ۲ بوسیلهٔ رواست، ش ۷۴۲، ج ۱ بوسیلهٔ ساواتیه، ش ۲۰۲ و ۲۰۳.

می‌توان ادعا کرد که نسبت دروغگویی به اعلام کننده نیاز به ادعای جعل دارد؟

در واقع، آنچه به سند رسمیت می‌بخشد گواهی مأمور رسمی است، وگرنه اعلام به او بر اعتبار گفته‌های اشخاص نمی‌افزاید و از نظر منطقی بین این گفته‌ها و آنچه در اسناد عادی نوشته می‌شود تفاوتی وجود ندارد. بنابراین، اگر ادعا شود که ولادت طفل، به گونه‌ای که در شناسنامه آمده است، به مأمور ثبت احوال اعلام نشده یا او اعلام اشخاص را تحریف کرده است، برای اثبات چنین ادعایی باید بار تشریفات ادعای جعل را به دوش گرفت. ولی، هرگاه کسی اظهار کند که اعلام کننده، در اثر اشتباه یا به عمد، مطلب نادرستی را به مأمور گفته است، برای اثبات آن نیازی به ادعای جعل ندارد. زیرا، این ادعا با جنبهٔ رسمی سند (گواهی مأمور) متعارض نیست؛ با مفاد اعلام اشخاص عادی منافات دارد.

۲. مادهٔ ۱۳۰۹ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده دعوا که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی‌گردد» مانع از پذیرفتن شهادت در این مورد نیست. زیرا، دانستیم که در سند ولادت آنچه رسمیت دارد وقوع اعلام به مأمور رسمی است نه مفاد آن و در فرض ما مفاد اعلام مورد انکار واقع شده است. اعتبار این اعلام نیز، بنا به فرض، در هیچ دادگاهی به اثبات نرسیده است تا پذیرفتن شهادت در برابر آن به مانعی برخورد.

موضوع مورد ادعا در زمرهٔ وقایع خارجی است که همهٔ دلایل برای اثبات آن پذیرفته می‌شود (بند ۵ مادهٔ ۱۳۱۲ ق.م.) و ثبت چنین واقعه‌ای در سند ولادت آن را جزء مفاد سند رسمی در نمی‌آورد.

در واقع، منع مادهٔ ۱۳۰۹ قانون مدنی ناظر به موردی است که مفاد و مندرجات سندی به وسیلهٔ مأمور رسمی احراز شود یا طرفین قرارداد مفاد توافق خود را ضمن سند عادی بنویسند و اعتبار این سند نیز، از حیث انتساب به آنان، در محکمه احراز گردد. در چنین مواردی، به وسیلهٔ شهادت نمی‌توان خلاف مفاد سند را اثبات کرد و امری را بر این اعلام یا توافق افزود یا از آن کاست[1]. بنابراین، همان گونه که بسیاری از نویسندگان

۱. زیرا، در این موارد امکان تهیهٔ سند قبلی پیش از طرح دعوا امکان دارد و، همچنان که در اعمال ـ

گفته‌اند و رویهٔ قضایی نیز در مورد تصحیح شناسنامه‌ها به آن تمایل دارد، باید گفت برای اثبات خلاف مفاد اعلامی که به مأمور ثبت احوال شده است، همهٔ دلایل و از جمله شهادت شهود و امارات، پذیرفته می‌شود.[1]

۳۵۷. شهادت شهود

از آنچه گفته شد این نتیجه بدست آمد که شهادت سهم مؤثری در اثبات و نفی نسب مادری دارد: با شهادت می‌توان هویت ارائه کنندهٔ شناسنامه را احراز کرد، و خلاف مفاد اعلام به مأمور ثبت احوال را نیز ثابت نمود. اکنون، این پرسش به میان می‌آید که آیا فرزندی تنها به وسیلهٔ شهادت می‌تواند نسب خود را به مادرش اثبات کند؟

در این دعوا، شهود باید آبستنی و زایمان مادر را گواهی دهند و تأیید کنند که مدعی همان کودک است. این امور در زمرهٔ وقایع حقوقی است و با شهادت اثبات می‌شود (بند ۵ مادهٔ ۱۳۱۲ ق.م).

با وجود این، بدگمانی که در درستی شهادت گواهان در همهٔ امور وجود دارد بسیاری از اندیشمندان را در اعتبار و نفوذ گواهی دچار تردید کرده است. زیرا، کافی بودن شهادت گاه به این نتیجه منجر می‌شود که شخص بتواند با فریفتن یا تطمیع و تهدید چند گواه خود را به خانواده‌ای منسوب سازد.

در این گونه امور، به طور معمول سالها از تاریخ آبستنی و زایمان ادعا شده می‌گذرد و احتمال دارد گواهانی که ناظر به زندگی مادر بوده‌اند در دسترس او نباشند تا در دفاع از نسب مورد ادعا او را یاری کنند. پس، دادگاه ناچار می‌شود مبنای داوری خود را بر گواهی چند شاهد معدود قرار دهد؛ گواهانی که در صدق گفتار و امانت آنان تردید است.[2]

ـ حقوقی پذیرفته شده است، الزام به اقامهٔ دلیل کتبی (سند) معقول به نظر می‌رسد. ولی، در مورد مفاد اعلام به مأمور ثبت احوال، مانند آنچه در وقایع پذیرفته شده است، امکان تحصیل سند وجود ندارد.

۱. کاربونیه، ج ۱، ش ۱۵۸، ص ۵۰۶ ـ مارتی و رینو، ج ۱، ش ۴۶۷. برای دیدن نظر مخالف، که شهادت را به تنهایی در مورد اعتراض به نسب طفلی که شناسنامه دارد قابل پذیرفتن نمی‌داند مگر این که همراه با قراین دیگر شود، رک. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش ۲، خانواده، ش ۸۵۳ ولی باید دانست که این اختلاف در بارهٔ تعبیر مادهٔ ۳۲۵ قانون مدنی فرانسه است، و در نظام حقوقی ما، در این باره تردید نباید کرد.

۲. مازو، همان کتاب، ش ۸۴۶ و ۸۴۷

به همین جهات، در قانون مدنی فرانسه آمده است که نسب کسی که سند ولادت ندارد و به عنوان فرزند نیز در خانواده زندگی نمی‌کند، در صورتی به شهادت اثبات می‌شود که یا قراین قطعی بر درستی گفتار او و نسب موجود باشد یا در اوراق و اسناد خانوادگی بتوان دلیلی، هر چند ناتمام، بر صحت ادعا پیدا کرد (مواد ۳۲۳و ۳۲۶).

در قانون ما چنین محدودیتی وجود ندارد و، بر طبق قواعد عمومی، شهادت می‌تواند تمام ارکان نسب را اثبات کند. با وجود این، چون تمیز اعتبار شهادت با دادگاه است و دادرس اجباری به تأیید مفاد گواهی ندارد(مادهٔ ۲۴۱ قانون آ.د.م)، در عمل نیز در صورتی برای دادگاه نسبت به صحت شهادت، به ویژه در این‌گونه امور، قطع یا ظن قوی پیدا می‌شود که قراین دیگری نیز آن را تأیید کند.

۳۵۸. امارات:

برای اثبات نسب مادری امارهٔ خاصی در قانون وجود ندارد، ولی اوضاع و احوال و قراین گوناگونی ممکن است دادرس را در کشف حقیقت یاری کند؛ دلیلی را کامل سازد، از اعتبار دلیلی بکاهد یا به طور مستقل در اثبات و نفی نسب مورد استناد قرارگیرد. امارهٔ قضایی در هر دعوا چهرهٔ خاص دارد،لیکن در دعاوی نسب به دو اماره بیش از همه تکیه می‌شود:

۱. نظر کارشناس در مورد تجزیهٔ خون: گفته شد که از این راه نمی‌توان نسبی را احراز کردولی در نفی آن اثر دارد و چون متکی بر آزمایش‌های علمی است بیش از هر اماره‌ای وجدان دادرس را قانع می‌سازد.

۲. زندگی مدعی نسب با خانواده‌ای که خود را منسوب بدان می‌داند و ارائهٔ او به عنوان فرزند خانواده، هر چند که تصریح بدان نشود.

برای مثال، اگر کودکی در خانواده‌ای بزرگ شود و بانوی خانواده به عنوان مادر از او پرستاری کند و به نام خانوادگی شوهر این بانو به جامعه معرفی شود، این وضع ممکن است نشانهٔ درستی ادعای نسب تلقی شود. از آنجا که نسب مادری (زایمان و هویت طفل) با شهادت اثبات می‌شود، امارهٔ قضایی نیز باید از چنین اعتباری برخوردار باشد

(مادهٔ ۱۳۲۴ ق.م).

در قانون مدنی فرانسه تصرف وضع مدنی (نسب)، مانند تصرف به عنوان مالکیت، از دلایل نسب به شمار آمده و در زمرهٔ امارات قانونی است (مادهٔ ۳۲۱)، ولی در حقوق ما، که چنین قاعده‌ای وجود ندارد، وضع زندگی و موقعیت کودک در خانواده از اماره‌های قضایی است که همیشه مورد استناد وکلای دو طرف و دادرسان قرار می‌گیرد.

۳۵۹. اقرار:

نسب با اقرار نیز اثبات می‌شود و این تنها موردی است که قانون مدنی در بارهٔ آن حکم خاص دارد. ولی، از آنجا که احکام و آثار اقرار به نسب به طور معمول در مورد پدر مطرح می‌شود و در آن فرض نیز ویژگی‌های گوناگون پیش‌بینی شده است، ما نیز تفصیل مطلب را به گفتار دوم واگذار می‌کنیم.

با وجود این، باید دانست که مفاد مادهٔ ۱۲۷۳ قانون مدنی در اثبات نسب مادری نیز اجرا می‌شود و ارتباط کامل نسب مشروع مادری و پدری باعث شده است که قانونگذار بی هیچ قیدی در این باره حکم کند و گاه نیز، به دلیل شایع بودن دعاوی مربوط به نسب پدری، تنها به بیان قواعد اثبات این نسب بپردازد (مواد ۱۱۵۸ به بعد ق.م.) در حالی که این قواعد، جز در موردی که دلایل خاصی ایجاب می‌کند، در مورد نسب پدری و مادری یکسان اجرا می‌شود.

به هر حال، به موجب مادهٔ ۱۲۷۳: «**اقرار به نسب در صورتی صحیح است که اولا تحقق نسب بر حسب عادت وقانون ممکن باشد ثانیا کسی که به نسب او اقرار شده تصدیق کند، مگر در مورد صغیری که اقرار بر فرزندی او شده به شرط آنکه منازعی در بین نباشد.**»

گفتار دوم: اثبات نسب پدری

۳۶۰. دشواری اثبات و لزوم دخالت قانونگذار:

بر خلاف نسب مادری، که بر مبنای امور محسوس و آشکار قابل اثبات است، نسب

پدری را به دشواری می‌توان احراز کرد. زیرا، مدعی نسب باید ثابت کند که محصول نزدیکی مادرش و شوهر اوست و در این راه هیچ سندی و شاهدی به کار نمی‌آید. با تجزیهٔ خون پدر و مادر و مدعی نسب نیز رابطهٔ پدر و فرزندی اثبات نمی‌شود. پس، ناچار بایستی قانونگذار در این دعوا دخالت کند و به یاری امارهٔ قانونی راهی برای این مشکل خانوادگی بیندیشد.

بیشتر قانونگذاران چنین کرده‌اند: در حقوق روم، فرزندی که زن شوهردار در زمان زوجیت پیدا می‌کرد از آن شوهر می‌دانستند. در حقوق کلیسا نیز همین امر پذیرفته شده بود، ولی حقوقدانان مسیحی آن را نتیجهٔ مستقیم نکاح و اقرار ضمنی شوهر به نسب فرزندان متولد در دوران زناشویی می‌انگاشتند[1]. در قانون مدنی فرانسه، پیش از اصلاحات ۱۹۷۲، انتساب فرزندی که مادر در دوران زناشویی آبستن شده بود به شوهر آن زن در زمرهٔ اماره‌های قانونی قرارداشت و، جز در موارد نادر، خلاف این اماره را نمی‌شد ثابت کرد[2] (ماده ۳۱۲)، ولی در اصلاح ۱۹۷۲، امارهٔ فراش تا زمانی اعتبار دارد که خلاف آن ثابت نشده باشد.

در حقوق اسلام، بر طبق خبر «الولد للفراش و للعاهر الحجر» کودک متولد در زمان زوجیت از آن شوهر دانسته شده است که جز از راه لعان نمی‌توان خلاف آن را اثبات کرد[3]، مگر این که دلائل اقامه شده تنها ایجاد ظن نکند و ذهن بر خلاف مفاد اماره به قطع برسد.[4] در قانون مدنی ایران نیز قاعدهٔ فراش در زمرهٔ امارات قانونی آمده است (مواد ۱۱۵۸ به بعد).

گذشته از این اماره، اقرار به نسب نیز در زمرهٔ دلایلی است که به طور معمول در

۱. کولن و کاپیتان و لامور اندیر، ج ۲، ش ۱۲۶۴.

۲. پاره‌ای از حقوقدانان فرانسه، مانند کولن در مقالهٔ «حمایت از فرزندان نامشروع از نظر دلیل نسب»، مبنای مادهٔ ۳۱۲ را اقرار ضمنی شوهر به فرزندان ناشی از ازدواج می‌دانند(نقل از پلنیول و ریپر، ج ۲، خانواده، به وسیلهٔ رواست، ش ۷۷۰).

۳. علامهٔ حلی، قواعد، ج ۲، ص ۵۰

۴. و اما اذا اوجب القطع بان الولد لغیر صاحب الفراش فلایبقی مجال لاجراء هذه القاعدة، لانها امارة عند الشک...(بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۴، ص ۲۶).

دعاوی اثبات نسب مورد استناد قرار می‌گیرد. قانون مدنی در بارهٔ شرایط نفوذ این اقرار و رجوع از آن شرایط ویژه‌ای دارد که باید مورد بررسی قرار گیرد.

بنابراین، گفتار مربوط به اثبات نسب پدری را در سه بخش مطرح می‌سازیم:

در بخش نخست از امارهٔ نسب و در بخش دوم از اقرار به نسب و در بخش سوم از دعاوی مربوط به نفی و انکار ولد سخن می‌گوییم. ولی، پیش از طرح مسایل اصلی، لازم است نکاتی را در بارهٔ اعتبار سند ولادت(شناسنامه) در اثبات نسب پدری یادآور شویم:

۳۶۱. اعتبار سند ولادت (شناسنامه):

به موجب قانون ثبت احوال مورخ ۲۷ تیر ماه ۱۳۵۵، اعلام و امضای سند ثبت ولادت در مرحلهٔ نخست با پدر است و نام او نیز در شناسنامه قید می‌شود (بند ۱ مادهٔ ۱۶ و بند ۴ از مادهٔ ۳۶). بر طبق تبصرهٔ مادهٔ ۱۶ نیز: «در صورتی که ازدواج پدر و مادر طفل به ثبت نرسیده باشد، اعلام ولادت و امضای اسناد متفقاً به عهدهٔ پدر و مادر خواهد بود...». بنابراین، سند ولادت و شناسنامه، در موردی که کودک در خانواده‌ای متولد می‌شود، به تنهایی حاوی اطلاعاتی است که می‌تواند نسب مشروع او را اثبات کند و کسی که نادرستی این اعلام‌ها را ادعا دارد باید برای اثبات آن اقامهٔ دعوا کند. از بحث در بارهٔ اعتبار دلایلی که در دادرسی اقامه می‌شود بی‌نیازیم، زیرا قواعد همان است که در مورد اثبات نسب مادری گفته شد (ش ۳۵۶). ولی، نکته‌ای که یادآوری آن ضروری به نظر می‌رسد این است که، نیامدن نام پدر در شناسنامه، مشروع بودن نسب طفل را نفی نمی‌کند. زیرا، همین که انتساب او به مادر احراز شود، به یاری امارهٔ قانونی «فراش» نسب او به شوهر آن زن نیز اثبات می‌شود. در صورتی که شرایط اجرای این اماره جمع باشد، برای اثبات نسب نیازی به طرح دعوا در دادگاه نیست.

برای مثال، فرض کنیم که در سند ولادت حسن تنها نام فاطمه مادر او نوشته شده باشد. اگر بدانیم که فاطمه شوهر دارد و طفل در زمان زوجیت آن دو متولد شده است، شوهر فاطمه پدر طفل محسوب می‌شود، مگر این که ثابت شود از زمان نزدیکی آن دو

تا تاریخ تولد طفل کمتر از شش ماه یا بیش از ده ماه گذشته است.

به هر حال، اعلام ولادت طفل از طرف پدر اقرار به نسب است و از چنین پدری دعوای نفی ولد پذیرفته نمی‌شود(مادهٔ ۱۱۶۱ ق.م.)

الف: امارهٔ فراش

۳۶۲. تحلیل مفاد اماره:

بر طبق مادهٔ ۱۱۵۸ قانون مدنی: «**طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است، مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کودک کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد.**»[1]

از بخش نخست این ماده استفاده می‌شود که قانونگذار تولد در دوران زناشویی را نشانهٔ انتساب طفل به شوهر دانسته است. ولی، با ملاحظهٔ بخش دوم آن و شرطی که برای الحاق طفل مقرر داشته است، به خوبی بر می‌آید که آنچه در این زمینه اعتبار دارد تاریخ آبستنی مادر است. بنابراین، از جمع بین حکم اصلی مادهٔ ۱۱۵۸ و شرط آن چنین بر می‌آید که قانون مدنی حملی را که در دوران زوجیت به وجود آمده است منسوب به شوهر می‌داند. منتها، چون تاریخ آبستن شدن مادر را با هیچ دلیل خارجی نمی‌توان اثبات کرد وگاه زن و شوهر نیز در بارهٔ آن تردید دارند، تولد طفل و فاصلهٔ آن با نزدیکی زن و شوهر نشانهٔ ایجاد حمل قرار داده شده است. بنابراین، مادهٔ ۱۱۵۸ در واقع حاوی دو اماره است:

۱. طفلی که در فاصلهٔ بین شش تا ده ماه از تاریخ وقوع نزدیکی بین زن و شوهر به‌دنیا می‌آید محصول آن نزدیکی است.

۱. در کامن لا نیز امارهٔ فراش بدین مضمون از قرن دوازدهم میلادی آمده است که «طفل متولد از زن شوهر دار ملحق به شوهر اوست، مگر این که خلاف آن اثبات شود» (Pater est quem nuptiac demonstrant). پس، کسی که منکر چنین الحاقی است باید اثبات آن را متحمل شود، هر چند طفل چندان زود به دنیا آید که معلوم باشد آبستنی مادر مربوط به پیش از نکاح است (بروملی، همان کتاب، ص ۲۸۱).

۲. چنین طفلی منسوب به شوهر است، زیرا فرض می‌شود که زن وفادار به شوهر است و با مرد دیگر رابطهٔ جنسی ندارد.

۳۶۳. امارهٔ وقوع نزدیکی:

اماراتی که در مورد انتساب طفل به نزدیکی زن و شوهر گفته شد، تا اندازهٔ زیادی دشواری اثبات نسب پدری را از بین می‌برد. زیرا، از جمع بین آنها نتیجه می‌شود که، هرگاه وقوع نزدیکی بین زن و شوهر احراز شود، طفلی که در فاصلهٔ بین ۶ تا ۱۰ ماه از آن متولد شده است به شوهر منسوب می‌شود. پس، در این دعوا، کافی است که تاریخ وقوع نزدیکی زن و شوهر معلوم باشد. ولی، آیا به سادگی می‌توان این تاریخ را اثبات کرد یا برای وقوع نزدیکی دلیل آورد؟

بی‌گمان باید به این پرسش پاسخ منفی داد. زیرا، نزدیکی زن و شوهر از امور پنهانی است و گاه تاریخ وقوع آن را خودشان نیز به دقت نمی‌دانند. پس، چه باید کرد که امارهٔ فراش مفید واقع شود و تمهید قانونگذار در حمایت از خانواده و کودکان متولد در آن بیهوده نگردد؟

پیش از این گفته شد که، زندگی مشترک زن و شوهر اماره بر این است که آنان همبستر نیز شده‌اند (قرائت و تمرین ش ۴ـ۱). اکنون نیز در تأیید آن یادآور می‌شویم که، چون یکی از مهم‌ترین هدف‌های نکاح مباح شدن رابطهٔ جنسی بین دو همسر است و زن و شوهر نیز دربارهٔ پذیرفتن خواسته‌های مشروع همسر خود تکلیفی اخلاقی و قانونی دارند، ظاهر این است که به این تکالیف، که خواستهٔ آنان نیز بوده است، عمل شده و مانعی سبب جدا ماندن همسران از یکدیگر نشده است. بنابراین، جایی برای استناد به اصول عملی و خواستن دلیل از کسی که مدعی وقوع نزدیکی است باقی نمی‌ماند. به ویژه، که بی اعتمادی به این ظاهر به کلی امارهٔ موجود در مادهٔ ۱۱۵۸ را بیهوده می‌سازد و مبنای امارهٔ فراش را بر امری مجهول و اثبات نشدنی قرار می‌دهد.

ولی، پرسشی که هنوز بی پاسخ مانده این است که آیا، بر مبنای این ظاهر، امارهٔ قانونی بر وقوع نزدیکی نیز به وجود آمده است یا احراز این امر وابسته به اوضاع و

احوال دعوا و اعتقاد دادرس به وقوع آن است؟

قانون مدنی، در مورد اثبات نسب طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شده است، وقوع نزدیکی بین زن و شوهر را مفروض دانسته و معنی این فرض ایجاد امارهٔ قانونی نکاح است که، در صورت به دنیا آمدن طفل، دلیل بر وقوع نزدیکی بین زن و شوهر است. در مادهٔ ۱۱۵۹ آمده است که: «**هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق به شوهر است، مشروط بر این‌که مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت بیش از ده ماه نگذشته باشد، مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت طفل کمتر از شش ماه و یا بیش از ده ماه گذشته باشد**».

بخش اخیر ماده نشان می‌دهد که آنچه دلیل بر انتساب طفل به پدر قرارداده شده، وقوع نزدیکی بین مادر و شوهر و تولد طفل در فاصلهٔ ۶ تا ۱۰ ماه از این تاریخ است: قانونگذار از مبنایی که در مادهٔ ۱۱۵۸ برگزیده تجاوز نکرده و حکم مادهٔ ۱۱۵۹ در واقع یکی از موارد اجرای امارهٔ فراش است. ولی، چون نزدیکی زن و شوهری که در زندگی مشترک آنان طفلی به دنیا آمده مفروض است، در موردی که نکاح پیش از تولد طفل منحل شده است، مبدأ اجرای امارهٔ فراش تاریخ انحلال، یعنی آخرین لحظه‌ای که امکان وقوع نزدیکی بین زن و شوهر وجود دارد، قرار داده شده است. این ترتیب را، جز به ایجاد امارهٔ قانونی بر وقوع نزدیکی بین زن و شوهر، به گونه‌ای که منتهی به نسب طفل شود، به اقدام دیگری نمی‌توان تعبیر کرد.[1]

ارتباط دو مادهٔ ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ نیز چنانست که نمی‌شود ادعا کرد فرض وقوع نزدیکی ویژهٔ موردی است که نکاح منحل شده. چنان که گفته شد، مادهٔ ۱۱۵۹ یکی از موارد اجرای امارهٔ فراش است و معقول به نظر نمی‌رسد که قانونگذار بین دو فرض مشابه تبعیضی چنین ناروا ایجاد کند: در موردی که نکاح منحل شده است وجود طفلی

۱. با وجود این، نویسندگانی که به شرح مادهٔ ۱۱۵۹ پرداخته‌اند، با این که متوجه فرض وقوع نزدیکی از طرف قانونگذار شده‌اند، این فرض را از امارات قضایی پنداشته‌اند (دکتر امامی، ج ۵، ص ۱۶۲) و نتیجهٔ نادرستی که بر این نظر بار می‌شود این است که، با وجود حکم مادهٔ ۱۱۵۹، دادرس می‌تواند از مدعی نسب دلیل وقوع نزدیکی و تاریخ آن را بخواهد و نکاحی را که منتهی به وجود کودکی شده است دلیلی بر وقوع نزدیکی نداند.

را که در خلال ده ماه از این تاریخ به دنیا آمده است اماره بر وقوع نزدیکی بداند؛ ولی، در موردی که طفل در دوران زناشویی به دنیا آمده است، این اماره را (که به واقع نزدیک‌تر است) معتبر نداند.

بنابراین، از جمع مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ می‌توان چنین استنباط کرد که آبستن شدن زن در دوران زناشویی امارهٔ قانونی بر وقوع نزدیکی بین زن و شوهر است و دادرس در هیچ صورتی نمی‌تواند از مدعی نسب دلیل وقوع نزدیکی و ارتباط آن را با کودکی که به دنیا آمده است بخواهد. به بیان دیگر، در بارهٔ احراز وقوع نزدیکی بین زن و شوهر، طبیعت اماره‌ای که مورد استناد قرار می‌گیرد متفاوت است:

۱. در موردی که زن در دوران زناشویی آبستن نشده است، زندگی مشترک آن دو و اعتماد به انجام دادن تکالیفی که زن و شوهر در برابر هم دارند، از امارات قضایی و وابسته به ظاهر حال آنان است.

۲. در موردی که زن در دوران زناشویی آبستن شده است، این آبستنی امارهٔ قانونی بر وقوع نزدیکی است و دادگاه حق ندارد از مدعی نسب دلیل بخواهد[1].

بدین ترتیب، امارهٔ فراش، در واقع ترکیبی از سه امارهٔ قانونی است که در آنها وقوع و تاریخ نزدیکی بین زن و شوهر و ارتباط آبستنی زن به آن مفروض شناخته شده است. از تألیف این سه اماره چنین نتیجه می شود که، فرزندان زن شوهر دار منسوب به شوهر اوست، مگر این که خلاف آن اثبات گردد. این نتیجه را قانونگذار نیز در آغاز مادهٔ ۱۱۵۸ بدین عبارت بیان می‌کند که: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است...».

۳۶۴. مبنای امارهٔ فراش:

با تحلیلی که از امارهٔ فراش شد، دیدیم که این اماره در واقع تألیفی از سه امارهٔ

۱. مرحوم سید محمد کاظم یزدی، در اختلاف بین زوجین دربارهٔ دخول، با این که گفتهٔ کسی را مقدم می‌دارد که منکر وقوع آنست، در مورد الحاق ولد می‌نویسد: «... نعم بالنسبة الی اللحوق الولد یمکن ان یقال: یکفی احتمال الدخول لقوله ص «الولد للفراش» فیقدم قول من یدعی اللحوق...» و این احتمال نشان می‌دهد که در نظر فقها نیز زنی که حامل است یا کودکی زاییده با دیگر زنان وضع برابر ندارد (ملحقات عروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۹۳).

گوناگون است که هر کدام مبنای خاص دارد و باید جداگانه مورد بررسی قرارگیرد:

۱. امارهٔ مربوط به انتساب طفل به نزدیکی (زن و شوهر) ناشی از حکم متعارف و غلبه است و مبنای استقرایی دارد. بدین تعبیر که به طور معمول کودک سالم زودتر از شش ماه از تاریخ آبستنی به دنیا نمی‌آید و بیش از ده ماه در شکم مادر نمی‌ماند. این نتیجهٔ تجربی را بسیاری از قانونگذاران بیش و کم به دست آورده‌اند:

پیش از تدوین قانون مدنی فرانسه، دادگاه‌ها در این باره آزادی کامل داشتند و هر دادرسی بنابر اوضاع و احوال خاص هر مورد و عقاید شخصی خود حکم می‌داد: یعنی امارهٔ قضایی تنها وسیلهٔ حل مشکل بود.

نویسندگان قانون مدنی نمی‌خواستند چنین مسألهٔ حساس و دشواری در حکومت قضات قرار گیرد و به دلخواه آنان حل و فصل شود. پس، از فورکروی Fourcroy پزشک معروف زمان ناپلئون خواستند که حداقل و حداکثر مدت حمل را بر مبنای علمی تعیین کند. این پزشک ۱۸۶ روز را حداقل و ۲۸۶ روز را حداکثر مدت حمل تشخیص داد. ولی، قانونگذار فرانسه، از این لحاظ که اطمینان یابد هیچ طفل مشروعی خارج از این دوران باقی نمی‌ماند و نیز برای این که عددها صحیح‌تر و محاسبه آسان‌تر شود، حداقل مدت حمل را ۱۸۰ روز و حداکثر آن‌را ۳۰۰ روز معین کرد، و چون بنا بر تقویم زمان جمهوری هر ماه ۳۰ روز محسوب می‌شد، در واقع حداقل و حداکثر حمل بین ۶ تا ۱۰ ماه است و از این حیث با حقوق روم و قانون مدنی ایران تفاوتی ندارد.

قانون مدنی آلمان (مادهٔ ۱۵۹۲) حداکثر مدت حمل را ۳۰۲ روز معین کرده است.[1]

در فقه، کوتاه‌ترین مدت حمل بی‌گمان شش ماه است: زیرا، از جمع دو آیه «حمله و فصاله ثلثون شهراً» (آیه ۱۴ از سورهٔ احقاف) و «والوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین» (آیه ۲۳۲ از سورهٔ بقره)، که نخستین آنها دوران حمل و شیرخوارگی را ۳۰ ماه و دیگری دوران شیر خوارگی را دو سال تمام یا ۲۴ ماه معین کرده است، به خوبی بر

۱. ریپر و بولانژه، ج۱، ش ۱۶۳۲ ـ پلنیول و ریپر، ج ۲، به وسیلهٔ رواست، ش ۷۳۲ ـ در قانون مورخ سوم ژانویهٔ ۱۹۷۲ در فرانسه (اصلاح مواد ۳۱۱ به بعد قانون مدنی) نیز حداقل و اکثر مدت ۱۸۰ و ۳۰۰ روز معین شده است و خلاف این اماره را نیز می‌توان اثبات کرد.

می‌آید که در نظر شارع اسلام مدت حمل کوتاه‌تر از شش ماه نیست، به ویژه که سنت و اجماع نیز آن را تأیید می‌کند[۱].

ولی، در بارهٔ حداکثر مدت حمل اختلاف است: بیشتر فقیهان آن را نه ماه دانسته‌اند و بعضی نیز یک سال گفته‌اند[۲]. شیخ طوسی و علامه ده ماه را اختیار کرده‌اند[۳] و قانون مدنی‌نیز این نظر را پذیرفته است. با وجود این چون در تقویم کنونی ماه مطابق با ماه شمسی است، باید پذیرفت که بر مهلت‌های شرعی که با ماه قمری حساب می‌شده چند روزی به سود اطفال متولد در دوران زناشویی افزوده شده است.

۲. امارهٔ مربوط به وقوع نزدیکی و انتساب طفل به شوهر نیز مبنی بر ظهور و غلبه است: بدین تعبیر که، چون زن به حکم قانون و اخلاق باید از شوهر تمکین کند و به او وفادار بماند، ظاهر این است که به این تکلیف عمل شده است. از سوی دیگر، مفهوم پیمان زناشویی این است که همسران مایلند زندگی مشترک را آغاز و به لوازم آن وفادار بمانند. پس، بر حسب متعارف و ظاهر امور کودکی که در زمان زوجیت بدنیا می‌آید، نتیجهٔ آمیزش زن و شوهر است و عامل دیگری‌در آن دخالت ندارد.

منتها، چون حمایت از کودکانی که در خانواده به دنیا می‌آیند اقتضا دارد که موقعیت آنان به طور قاطع از طرف قانونگذار معین شود و دستخوش تعبیرها و عقاید دادرسان نباشد، بر مبنای این حکم غالب و ظاهر امارهٔ قانونی فراش ایجاد شده است.

در واقع، امارهٔ فراش بر ترکیبی از معلوم‌های خارجی و هدف‌های اجتماعی مبتنی است: این واقعیت، که بر حسب معمول طفل متولد در زمان زوجیت نتیجهٔ آمیزش زن و شوهر است، و این نکته که از چنین کودکانی، حتی به بهای این که گاه حقیقتی نیز پنهان بماند، باید حمایت شود تا خانواده استوار بماند.

پاره‌ای از نویسندگان فرانسوی، از این پیش‌تر رفته و الحاق طفل به شوهر را نتیجهٔ

۱. سید مرتضی، الانتصار، ص ۸۵ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج نکاح، احکام اولاد ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۷۴ـ سید علی طباطبایی، ریاض، ج ۲، کتاب نکاح، در احکام اولاد.
۲. سید مرتضی، الانتصار، ص ۸۵ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج نکاح، احکام اولاد ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۷۴ـ سید علی طباطبایی، ریاض، ج ۲، کتاب نکاح، در احکام اولاد.
۳. علامهٔ حلی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۴۹.

اقرار ضمنی و قبلی او به ابوت خویش دانسته‌اند. با این ترتیب، انتساب کودک زن شوهردار به زوج او بر مبنای امارهٔ قانونی استوار نیست؛ حکمی است موضوعی که نتیجهٔ اقرار شوهر به ابوت است و به همین جهت نیز ادعای خلاف آن شنیده نمی‌شود[1].

ولی، این نظر را نویسندگان قانون مدنی ما به طور قاطع نپذیرفته‌اند. زیرا، در مادهٔ ۱۳۲۲ تصریح کرده‌اند که حکم مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ امارهٔ قانونی است. به اضافه، اقرار اخبار از واقعیت است و نمی‌تواند ناظر به امری باشد که در آینده رخ می‌دهد و مقر از چگونگی آن اطلاع ندارد.

۳۶۵. قلمرو اجرای اماره:

در قانون مدنی، امارهٔ فراش در سه فرض گوناگون اجرا شده است که همه مربوط به انتساب طفل به شوهر مادر اوست:

۱. در مورد طفلی که در زمان زوجیت به دنیا آمده است: در این فرض، نباید تاریخ تولد کودک تا زمان نزدیکی کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه باشد، وگرنه شرط اجرای امارهٔ قانونی فراهم نیامده است و مدعی نسب باید آن را بر طبق قواعد عمومی اثبات کند.

اثبات ارکان نسب چندان دشوار است که نباید به پیشرفت چنین دعوایی امید داشت و شاید به همین مناسبت است که مشهور فقها چنین طفلی را ملحق به شوهر نمی‌دانند و اقرار به ابوت را نیز در این زمینه مؤثر نمی‌شناسند[2]. ولی، در قانون مدنی که قاعدهٔ فراش در زمرهٔ امارات قانونی است و دلیل اثبات نسب به شمار می‌رود، تأیید این نظر دشوار است. زیرا انتفاء امارهٔ فراش مانع از این نیست که دلایل دیگری نسب را اثبات کند.

این بحث تنها در مورد کودکی پیدا می‌شود که سالم و کامل به دنیا آمده باشد، وگرنه همه پذیرفته‌اند که، هرگاه کودکی در اثر جرم یا حادثه و بیماری ناقص به دنیا آید،

۱. کولن، حمایت از فرزندان نامشروع از نظر دلیل نسب، مجلهٔ سه ماههٔ حقوق مدنی ۱۹۰۲، ص ۲۸۲ به بعد (نقل از پلنیول و ریپر، ج ۲ به وسیلهٔ رواست، ش ۷۷۰) ـ مادهٔ ۳۱۲ اصلاح شده قانون مدنی در ۱۹۷۲ انتساب طفل به شوهر را اماره دانسته و اثبات خلاف آن را نیز ممکن شمرده است. بنابراین، نظری که گفته شد در حقوق کنونی فرانسه نیز مبنای خود را از دست داده است.

۲. شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۵۷۴ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر، ج نکاح، در احکام اولاد.

کارشناس می‌تواند، با توجه به رشد متعارف جنین و سایر قراین، انتساب او را به نزدیکی زن و شوهر احراز کند. در این دعوا کافی است ثابت شود که جنین در زمانی به وجود آمده که مرد شوهر مادر او بوده است. زیرا، در تحلیلی که از امارهٔ فراش دیدیم، گفته شد که طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است، مگر این که ثابت شود نزدیکی واقع نشده یا از تاریخ آن تا تولد طفل کمتر از شش ماه یا بیشتر از ده ماه گذشته است. بنابراین، همین که ثابت شود انعقاد جنین ساقط شده در زمان زوجیت بوده است، طفل منسوب به پدر به شمار می‌آید و دعوای انکار یا نفی آن باید ثابت شود.

۲. **در موردی که طفل بعد از انحلال نکاح متولد شده است:** در این فرض، هرگاه از تاریخ انحلال نکاح (آخرین لحظه‌ای که آبستنی زن از نزدیکی با شوهر امکان دارد) تا تولد طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد، قانون مدنی او را منسوب به شوهر می‌داند. ولی، شرط تحقق امارهٔ فراش این است که مادر شوهر نکرده باشد. زیرا، در این صورت ممکن است امارهٔ فراش دو نکاح با هم تعارض پیدا کند و راه حل آن با قواعد ویژه‌ای امکان دارد که در فرض دیگر مورد گفتگو است.

به هر حال، در این حالت نیز چون تولد طفل ظرف ده ماه از تاریخ انحلال نکاح امارهٔ الحاق او به شوهر است، هرگاه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش ماه یا بیش از ده ماه گذشته است، اثر اماره از بین می‌رود.

۳. **در موردی که طفل بعد از انحلال نکاح و در زمان زوجیت با مرد دیگری به دنیا آمده است:** فرض این است که نکاح زن با شوهرش منحل می‌شود و پس از نگاهداشتن عده شوهر می‌کند و در دوران زناشویی دوم فرزندی از او به دنیا می‌آید. این فرزند به شوهر اول منسوب است یا دوم؟

در این فرض، هرگاه از انحلال نکاح اول، ده ماه نگذشته باشد و طفل زودتر از شش ماه از تاریخ نکاح دوم به دنیا آید، کودک را باید از آن شوهر اول دانست. همچنین، اگر طفل پس از ده ماه از تاریخ انحلال نکاح نخست و شش ماه بعد از نکاح دوم به دنیا آید، بی‌گمان باید او را از آن شوهر دوم دانست، زیرا، با گذشتن ده ماه اثر امارهٔ فراش نسبت به آن نکاح از بین می‌رود.

ولی، دعوا در صورتی دشوار است که، بر حسب امارهٔ مربوط به حداقل و اکثر مدت حمل، انتساب طفل به هر دو شوهر ممکن باشد و دادرس به تردید افتد که کدام اماره را باید مقدم دارد: برای مثال، زنی که طلاق گرفته است پس از گذشتن عده (سه ماه) شوهر می‌کند و شش ماه ونیم بعد کودکی به دنیا می‌آورد. این طفل ممکن است از آن شوهر اول باشد ،زیرا از تاریخ انحلال نکاح تا تولد طفل نه ماه ونیم گذشته است. همچنین، امکان دارد که از نزدیکی با شوهر دوم به وجود آمده باشد ،زیرا از تاریخ نکاح بیش از ۶ ماه گذشته است. پس، برای رهایی از این سرگردانی چه باید کرد؟

برای یافتن پاسخ درست، باید به خاطر داشت که مبنای امارهٔ فراش تنها ظهور و دلالت وقایع خارجی نیست ولزوم حمایت از کودکانی که در خانواده به وجود آمده‌اند و حفظ استواری این پیوند حقوقی نیز در این راه سهم مؤثر دارد (ش ۳۶۴).

انتساب طفل به هر یک از دو شوهر، از حیث دلالت اماره بر وقوع آبستنی مادر، یکسان است. ولی، از جهت حمایت از خانواده و کودکان متولد در آن، انتساب طفل به شوهر دوم برتری دارد. زیرا، بنا به فرض، خانوادهٔ نخست منحل شده است و کودک در زمان زوجیت دوم به دنیا آمده است. پس، ملاحظات اجتماعی مربوط به امارهٔ فراش ایجاب می‌کند که طفل منسوب به شوهر دوم شود. این تعبیر را اصل «تأخر حادث» در مورد آبستنی مادر و وقوع نزدیکی نیز تأیید می‌کند.[1]

قانون مدنی نیز همین راه حل را اختیار کرده است و مادهٔ ۱۱۶۰ در این باره می‌گوید: **«در صورتی که عقد نکاح پس از نزدیکی منحل شود و زن مجدداً شوهر کند و طفلی از او متولد گردد، طفل به شوهری ملحق می‌شود که مطابق مواد قبل الحاق او به آن شوهر ممکن است. در صورتی که مطابق مواد قبل الحاق طفل به هر دو شوهر ممکن باشد، طفل ملحق به شوهر دوم است، مگر آنکه امارات قطعیه بر خلاف آن دلالت کند».**

۳۶۶. اجرای اماره در نزدیکی به شبهه:

بر خلاف تعبیری که پاره‌ای از نویسندگان فرانسوی کرده‌اند[2]، در حقوق ما قاعدهٔ

۱. نراقی، مستند، ص ۴۷۶ و ۴۷۷.
۲. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۱۶۴۴ ـ پلنیول و ریپر، ج ۲، بوسیلهٔ آندره رواست، ش ۷۷۰.

فراش از آثار عقد نکاح نیست و در هر مورد که بتوان نسب ناشی از نزدیکی را پذیرفت اجرا می‌شود؛ چنان که مادهٔ ۱۱۶۴ قانون مدنی در این باره اعلام می‌کند که: **«احکام مواد قبل در مورد طفل متولد از نزدیکی به شبهه نیز جاری است، اگرچه مادر طفل مشتبه نباشد».**

با وجود این، باید دانست اجرای تمام عناصری که امارهٔ فراش را در نکاح به وجود می‌آورد در نزدیکی به شبهه یکسان نیست. برای مثال در موردی که ادعا می‌شود دو بیگانه بنابر تصادف و به اشتباه نزدیکی کرده‌اند، نزدیکی بین آن دو خلاف اصل است و باید ثابت شود. ولی، در هر مورد که وقوع نزدیکی احراز شود، امارهٔ مربوط به انتساب طفل به این نزدیکی (حداقل و اکثر مدت حمل) رعایت می‌گردد.

همچنین از ظاهر مواد قانون مدنی چنین بر می‌آید که هرگاه زن و مردی به اشتباه خود را زن و شوهر پندارند و مدتی با هم سکونت مشترک داشته باشند، طفل متولد در این دوران ملحق به مرد است تا خلاف آن اثبات شود، زیرا قانونگذار اعتقاد به وجود رابطهٔ زوجیت را، از حیث آثاری که در ایجاد نسب مشروع دارد، در حکم زوجیت می‌شمارد. لیکن، اگر زن در اشتباه نباشد، نمی‌توان طفل او را، بدون این‌که نیاز به اثبات وقوع نزدیکی و رعایت اقل و اکثر دوران حمل باشد، به مرد منسوب کرد. زیرا، در چنین وضعی که زن پای‌بند به نکاح و آثار آن (به ویژه وفاداری به شوهر) فرض نمی‌شود، امارهٔ قانونی فراش مبنای خود را از دست می‌دهد و دادرس باید، به یاری اماره‌های قضایی و دلایل مربوط به وقوع نزدیکی بین آن دو و دوران حمل، در بارهٔ انتساب طفل به شوهر داوری کند.

بنابراین، بخش اخیر مادهٔ ۱۱۶۴ را، چنان‌که سابقهٔ تاریخی آن نیز نشان می‌دهد، باید ناظر به امکان انتساب طفل به شوهر و اجرای امارهٔ مربوط به حداقل و اکثر حمل شمرد و از این حد فراتر نرفت[1].

۱. بنابر نظر مشهور در فقه، اجرای قاعدهٔ فراش مشروط به احراز وقوع نزدکی و تولد طفل در فاصلهٔ میان ۶ ماه و ۹ تا ۱۰ ماه است و آنچه در بارهٔ امارهٔ قانونی مربوط به وقوع نزدیکی و انتساب طفل متولد در زمان زوجیت به شوهر گفته شد، از مفاد مواد قانون مدنی استنباط می‌شود. ولی، در بارهٔ امارهٔ فراش نسبت به شبهه، به همان معنی محدود است که اکثر فقهاء عقیده دارند که، اگر زن نیز در اشتباه باشد، قابل اجراست و نویسندگان قانون مدنی نیز همین امر را از فقه اقتباس کرده‌اند.

۳۶۷. تزاحم امارهٔ فراش در نکاح و نزدیکی به شبهه:

حکومت قاعدهٔ فراش در نزدیکی به شبهه موجب می‌شود که گاه بین اجرای این اماره در نکاح و نزدیکی به شبهه تزاحم ایجاد گردد و طفل منسوب به دو پدر شود. این تزاحم ممکن است در دو فرض اتفاق افتد:

۱. موردی که زن در دوران زناشویی با مردی بیگانه به اشتباه نزدیکی کند و فاصلهٔ نزدیکی زن با شوهر و مرد بیگانه چنان باشد که بتوان طفلی را که به دنیا آورده است به هر دو منسوب کرد.

۲. موردی که زن پس از جدایی از شوهر با بیگانه همبستر می‌شود، ولی فاصلهٔ تولد طفل تا تاریخ انحلال نکاح و نزدیکی به شبهه به گونه‌ای است که می‌توان او را به هر دو منسوب کرد. برای مثال، زنی سه ماه پس از انحلال نکاح خود با شوهرش با بیگانه‌ای به اشتباه نزدیکی می‌کند و شش ماه بعد از آن کودکی به دنیا می‌آورد. احتمال دارد این کودک از آن شوهر سابق باشد، زیرا کمتر از ده ماه از تاریخ انحلال نکاح می‌گذرد. همچنین، ظن آن می‌رود که طفل نتیجهٔ آمیزش با بیگانه باشد، چون فرض این است که از تاریخ نزدیکی تا تولد طفل شش ماه گذشته است.

اکنون باید دید چه گونه این تزاحم رفع می‌شود و چه عاملی ممکن است سبب ترجیح یکی از این دو اماره به شمار آید؟

در فرض نخست، یافتن راه حل معقول آسان‌تر است .زیرا، چنان که بارها گفته شد، اماره فراش تنها بر قراین علمی و خارجی تکیه ندارد و هدف از ایجاد آن، گذشته از رسیدن به واقع، حفظ خانواده وحمایت از کودک نیز هست. در این فرض، اجرای امارهٔ فراش می‌تواند طفل را منسوب به خانواده‌ای سازد که از مادر و شوهر او تشکیل یافته است؛ مأمنی آماده و مشروع که نوزاد را در پناه خود حفظ و تربیت کند. همچنین، می‌تواند طفل را به بیگانه‌ای سپارد که تصادف او را به مادر نزدیک ساخته است. در ترجیح راه حل نخست تردید نباید کرد، به ویژه که ظاهر مادهٔ ۱۱۸۵ (که طفل متولد در زمان زوجیت را منسوب به شوهر می‌داند) نیز مصلحت یاد شده را تأیید می‌کند.

ولی، در فرض دوم، رفع تزاحم دشوارتر است. زیرا، خانواده‌ای وجود ندارد تا

مصلحت انتساب کودک به آن راه حلی ارائه کند. طفل بایستی به کسانی ملحق شود که هیچ کدام شوهر مادر او نیستند و زندگی مستقل دارند. از سوی دیگر، مادهٔ ۱۱۶۰ قانون مدنی،در موردی که زن پس ازانحلال نکاح شوهر کرده است، طفل را منسوب به شوهر دوم می‌داند و فراش دوم را ترجیح می‌دهد. پس، ممکن است استدلال شود که، چون نزدیکی به شبهه نیز از نظر قواعد نسب در حکم نکاح درست است، باید طفل را منسوب به نزدیکی به شبهه کرد. بسیاری از فقها نیز همین راه حل را برگزیده‌اند[1]، و آنان که دلیلی بر ترجیح انتساب طفل نزدیکی به شبهه نیافته‌اند، توسل به قرعه را چارهٔ کار دانسته‌اند و هیچ یک نکاح سابق را بر شبههٔ کنونی رجحان نداده‌اند[2].

با وجود این، چون بعد از انحلال نکاح و حتی سپری شدن عدهٔ آن نمی‌توان ادعا کرد که فراش مربوط به نکاح منتفی شده و نزدیکی به شبهه با آن تعارض ندارد و در تزاحم این اماره نیز مصلحت طفل، که خود یکی از مبانی مهم امارهٔ فراش است، اقتضا دارد که طفل به شوهر مادر منسوب شود، در این فرض نیز الحاق طفل به شوهر برتری دارد. در این باره نیز، چنان که بعضی از استادان تأیید کرده‌اند، باید به ظاهر مادهٔ ۱۱۵۸ استناد کرد و امارهٔ فراش نسبت به شوهر را بر امارهٔ فراش نسبت به نزدیکی به شبهه مقدم داشت.[3]

منتها، باید توجه داشت که، در احراز نسب، به ویژه در موردی که تزاحم بین دو امارهٔ قانونی ایجاد می‌شود، اماره‌های قضایی نقش مؤثری در قانع ساختن وجدان دادرس دارد (بخش اخیر مادهٔ ۱۱۶۰ ق.م.). یکی از این اماره‌ها نظر پزشک و توجه به درجهٔ احتمال انتساب طفل به یکی از دو نزدیکی است: برای مثال، اگر تولد طفلی در حدود ده ماه پس از انحلال نکاح و نه ماه پس از نزدیکی به شبهه باشد، چون احتمال این که طفل

۱. محقق حلی، شرایع، کتاب نکاح، اسباب تحریم و همچنین اولاد شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۴۶۳ و ۴۶۴ ـ سید علی طباطبایی، ریاض ج ۲، کتاب نکاح، در احکام اولاد ـ نراقی، مستند الشیعه، کتاب نکاح، اسباب تحریم، ص ۴۷۶، ۴۷۷.

۲. علامهٔ حلی، قواعد، ج ۲، ص ۵۰ ؛ تذکره، ج۲، کتاب نکاح، نسب ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد نکاح، اسباب تحریم ـ سید محمد کاظم یزدی، که بین نزدیکی به شبهه در زمان عدهٔ نکاح و بعد از آن تفاوت گذارده و در مورد نخست، به علت اشتراک در فراش، قرعه را ترجیح داده است (ملحقات عروه، ج ۳، ص ۱۹۷ و ۱۹۸).

۳. دکتر سید حسن امامی، ج ۵ ص ۱۶۵.

نه ماهه به دنیا آید به مراتب بیش از ده ماه است، این امر می‌تواند به عنوان امارهٔ قضایی مورد استناد قرارگیرد و به ضمیمهٔ سایر قراین قاطع دعوا شود[۱].

۳۶۸. امارهٔ فراش و زنا:

امارهٔ فراش در زنا راه ندارد، زیرا این اماره وسیله‌ای برای اثبات نسب است و بر طبق مادهٔ ۱۱۶۷ قانون مدنی: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود». بنابراین، احراز این واقعیت که زن شوهردار با بیگانه‌ای ارتباط نامشروع دارد، از اعتبار امارهٔ فراش نسبت به شوهر نمی‌کاهد، هر چند که فاصلهٔ تولد تا تاریخ زنا بین شش تا ده ماه باشد.

برای اثبات این امر که امارهٔ فراش، بر خلاف آنچه قانون فرض کرده است، به واقع نمی‌رسد، کافی نیست که احتمال آبستن شدن زن از مرد دیگری احراز شود. باری را که منکر نسب به دوش دارد سنگین‌تر است ،زیرا باید ثابت کند که طفل از آن دیگری است و، در این راه، فاصلهٔ تولد تا تاریخ نزدیکی تنها به عنوان یکی از اماره‌های قضایی مورد استفاده قرار می‌گیرد و در صورتی ایجاد یقین می‌کند که با امارهٔ فراش تعارض نداشته باشد.

برای مثال، اگر ثابت شود که شوهر مدتها در مسافرت یا چنان بیمار بوده است که نمی‌توان حمل را به او منسوب کرد، تولد طفل در فاصلهٔ شش تا ۱۰ ماه از تاریخ زنا می‌تواند دادرس را، با ملاحظهٔ سایر قراین، قانع سازد که طفل ناشی از زنا است. ولی، در موردی که شرایط امارهٔ فراش نسبت به شوهر جمع است، قرینهٔ مربوط به فاصلهٔ تولد طفل تا زنا احتمالی را به وجود می‌آورد که در برابر فرض قانون قابل اعتنا نیست. زیرا، امارهٔ فراش در صورتی بی اثر می‌شود که به یقین ثابت شود که طفل به دیگری تعلق دارد[۲].

۱. همین قاعده را در موردی که اماره‌های فراش در مورد دو نزدیکی به شبهه تزاحم پیدا می‌کنند باید اجرا کرد، و به جای توسل به قرعه، از راه استناد به اماره‌های قضایی و سایر دلایل یکی از آن دو را ترجیح داد.

۲. در چنین موردی، با وجود قاعدهٔ مربوط به حکومت امارهٔ قضایی بر امارهٔ قانونی، امارهٔ قضایی که ایجاد یقین نکند، از جمله شباهت کامل طفل با زناکار، نمی‌تواند در برابر امارهٔ فراش مورد استناد قرارگیرد و آن را از اعتبار بیندازد.

همچنین است در موردی که امارهٔ فراش طفل را منسوب به مردی می‌کند که با زن به اشتباه نزدیکی کرده است. زیرا، در این فرض نیز باید الحاق طفل به دیگری ثابت شود و احتمال انتساب آن به زناکار اثر امارهٔ فراش را از بین نمی‌برد.

۳۶۹. اعتبار امارهٔ فراش:

چنان که گفته شد، قاعدهٔ فراش در حقوق کنونی امارهٔ قانونی است (مادهٔ ۱۳۲۲ ق.م.). اماره در شمار دلایل اثبات دعوا و راه رسیدن به واقع است. به همین دلیل نیز، مفاد قاعده‌ای که بدین صورت بیان شده قاطع نیست و تا زمانی اعتبار دارد که دلایل دیگر خلاف آن را اثبات نکند (مادهٔ ۱۳۲۳ ق.م.)[1]

بر همین مبنا، شهرت یافته که خلاف امارهٔ فراش را به وسیلهٔ سایر دلایل می‌توان ثابت کرد.[2] درستی این شهرت در مورد امارهٔ وقوع نزدیکی بین زن و شوهر و فاصلهٔ آن تا تاریخ تولد تردیدناپذیر است. در مادهٔ ۱۱۵۸ قانون مدنی نیز احراز این وقایع از شرایط تحقق امارهٔ فراش است و این اشاره به روشنی می‌رساند که اختلاف دربارهٔ وقوع آنها را باید رسیدگی کرد. بنابراین، اگر شوهر ثابت کند که با زن نزدیکی نکرده یا به سبب مسافرت و بیماری امکان آن را نداشته است و همچنین، هرگاه معلوم شود که فاصلهٔ بین آخرین نزدیکی تا تاریخ تولد طفل بیش از ده ماه است، امارهٔ فراش از اثر می‌افتد.

ولی، در موردی که وقوع نزدیکی بین زن و شوهر مسلم است و طفل در فاصلهٔ بین ۶ تا ده ماه از آن به دنیا آمده، آیا شوهر باز هم می‌تواند ادعا کند که نوزاد از آن دیگری است و به او تعلق ندارد؟

بر خلاف آنچه ادعا شده است، مقدمه‌ای که در آغاز بحث آمد پاسخ قاطعی به این پرسش نمی‌دهد. زیرا، امکان اثبات خلاف امارهٔ قانونی و تصریح به این که امارات مذکور در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ در زمرهٔ اماره‌های قانونی است با پذیرفته نشدن ادعای اخیر منافات ندارد و به گونه‌ای قابل جمع است:

۱. ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، ش ۱۰ و ۱۲.
۲. دکتر سید علی شایگان، ش ۸۱۳ ـ دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۱۶۵.

گفته شد که قاعدهٔ فراش در واقع تألیفی از سه امارهٔ گوناگون است و نتیجهٔ این تألیف بدین صورت بیان شده است که **«طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است».** خلاف این اماره را با اثبات واقع نشدن نزدیکی و نامتناسب بودن فاصلهٔ آن با تاریخ تولد می‌توان ثابت کرد و همین اندازه برای تحقق این حکم که **«خلاف امارهٔ قانونی را به وسیلهٔ دلایل دیگری می‌توان اثبات کرد»** کافی است و احتمال دارد قانونگذار نیز از اعلام این که «قاعدهٔ فراش از امارات است» نظر به امکان پذیرش همین دعاوی داشته باشد. به ویژه که این احتمال را دو دلیل دیگر نیز تقویت می‌کند:

۱. در فقه امامیه، که در قواعد مربوط به احراز نسب الهام بخش نویسندگان قانون مدنی است، دعوای انکار نسب تنها در بارهٔ شرایط تحقق قاعدهٔ فراش، یعنی وقوع نزدیکی و فاصلهٔ آن با تاریخ تولد قابل پذیرفتن است. ولی، همین که احراز شود بین زن و شوهر آمیزشی جنسی رخ داده و طفل در فاصلهٔ شش تا ده ماه از آن متولد شده است، دیگر با هیچ دلیلی نمی‌توان خلاف آن را ثابت کرد. به همین دلیل، مردی که چنین طفلی را از آن خود نمی‌داند ناچار است از راه لعان، که نوعی سوگند مذهبی است، انکار نسب کند.[1]

همچنین، در قانون مدنی فرانسه (پیش از اصلاح سال ۱۹۷۲) نیز که گاه مورد تقلید قانونگذار ما در این زمینه قرار گرفته است، دعوای انکار نسب طفلی که در زمان زوجیت به دنیا آمده و در زندگی مشترک زن و شوهر نیز تردیدی وجود ندارد، جز در مورد اخفای حمل و تولد طفل از شوهر، پذیرفته نبود و امکان نداشت به وسیلهٔ تجزیهٔ خون و سایر دلایل خلاف آن را اثبات کرد (بند ۱ مادهٔ ۳۱۳)[2].

۲. حفظ ثبات خانواده ایجاب می‌کند که به این بدگمانی‌ها اعتنا نشود. معنی انکار نسب این است که به زن شوهردار تهمت داشتن روابط نامشروع با دیگران زده شود.

۱. علامهٔ حلی، قواعد، ج ۲، ص ۵۰ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد نکاح، کتاب اولاد ـ محقق حلی، شرایع، کتاب اولاد.

۲. مازو، دروس حقوق مدنی، بخش ۲ از ج ۱، خانواده، ش ۸۸۲ به بعد ـ ولی مادهٔ ۳۱۳ اصلاحی اثبات خلاف این اماره را مجاز شمرد (آلکس ویل، حقوق مدنی، اشخاص و خانواده و حجر، چاپ سوم، دالوز ۱۹۷۲، ش ۴۸۴).

امکان رسیدگی به این ادعا به بی‌اعتمادی شوهر به زن دامن می‌زند و اثبات بی پایه بودن اتهام نیز آب رفته را به جوی باز نمی‌گرداند و توهین به زن را جبران نمی‌کند. به ویژه، که پیش از کامل شدن وسایل علمی مربوط به تجزیهٔ خون، دعوای انکار نسب نیز به یقین اثبات نمی‌شد و عدم انتساب طفل به شوهر احراز نمی‌گردید.

با وجود این، تمایل حقوقدانان به پذیرفتن دلایل مخالف امارهٔ فراش از جهات علمی قابل دفاع است. زیرا، امروز با تجزیهٔ خون شوهر مادر و طفل و همچنین با اثبات این امر که مرد عقیم است، می‌توان در بسیاری موارد به یقین رسید که طفل به شوهر ارتباط ندارد. پس، اگر در قدیم بیم از روشن نشدن حقیقت این فکر را تلقین می‌کرد که دعوای شوهر پذیرفته نشود، امروز نوید کشف واقعیت حکم می‌کند به آزمایش‌های پزشکی و علمی امکان رفع ابهام داده شود.[۱]

ب : اقرار به نسب

۳۷۰. تعریف و ماهیت حقوقی:

مادهٔ ۱۲۵۹ قانون مدنی در تعریف اقرار می‌گوید: «اقرار عبارت ازاخبار به حقی است برای غیر بر ضرر خود»[۲].

از این تعریف به خوبی بر می‌آید که اقرار راه وصول به واقع است و حقی به وجود نمی‌آورد. مقر بدین وسیله خبر از واقعه‌ای می‌دهد که به زیان او است و مدعی را از اثبات آن بی نیاز می‌سازد. قانون چنین فرض می‌کند که اخبار با واقع منطبق است، زیرا هیچ عاقلی به زیان خویش اقدام نمی‌کند. بنابراین، دلالت اقرار بر واقعهٔ موضوع آن مبتنی بر امارهٔ قانونی راست بودن آن است.[۳]

۱. در کامن لا، بر خلاف حقوق فرانسه، دعوای انکار نسب در چنین موردی پذیرفته است، ولی دلایل باید قانع کننده باشد، مانند تجزیهٔ خون و اثبات عقیم بودن شوهر (بروملی، حقوق خانواده در انگلیس، ص ۲۸۵ به بعد).

۲. برای ملاحظهٔ ارکان این تعریف و شرایط درستی و آثار اقرار، رک: ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات. ج ۱، ش ۱۱۲ به بعد؛ مقدمهٔ علم حقوق، چاپ ۷۰، ش ۳۳۲ به بعد ـ دکتر سید حسن امامی، ج ۶ ص ۲۳ به بعد.

۳. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۸۱۱ ـ مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۴۲۲ ـ پلنیول و ریپر، ج ۷ بوسیلهٔ گابولد، ش ۱۵۶۲ ـ بودان ولربور پی ژونیر، ج ۹ بوسیلهٔ لاگارد و پرو، ش ۱۳۰۴.

این تحلیل نشان می‌دهد که چرا خلاف اقرار را می‌توان با سایر دلایل اثبات کرد و ادعای فاسد بودن آن از طرف مقر پذیرفته می‌شود. به موجب مادهٔ ۱۲۷۷ قانون مدنی: **«انکاربعد از اقرار مسموع نیست، لیکن اگر مقر ادعا کند که اقرار او فاسد یا مبتنی بر اشتباه یا غلط بوده شنیده می‌شود و همچنین است در صورتی که برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد، مثل این‌که بگوید اقرار به گرفتن وجه در مقابل سند یا حواله بوده که وصول نشده، لیکن دعاوی مذکوره مادامی که اثبات نشده مضر به اقرار نیست».**

۳۷۱. خصوصیت‌های اقرار به نسب:

اقرار به نسب نیز یکی از اقسام اقرار است، ولی این دو خصوصیت احکام آن را متمایز می‌سازد و مطالعهٔ ویژه‌ای را در این باره ایجاب می‌کند:

۱. رابطه پدر و فرزندی حقوق و تکالیف متقابل برای هر دو به وجود می‌آورد و نمی‌توان ادعا کرد که اقرار به نسب تنها به زیان مقر است و هیچ لطمه‌ای به حقوق مقرله نمی‌زند. بنابراین، هرگاه ضرورت‌های اجتماعی اعتبار چنین اقراری را ایجاب کند، باید شرایط اعتبار و آثار آن چنان تنظیم شود که تا حد ممکن تکلیفی بدون رضای شخص بر او تحمیل نشود: به اضافه، چون آثار اقرار به نسب گاه دامنگیر سایر خویشان دو طرف می‌شود، قانونگذار باید تمهیدی اندیشد که از حقوق آنان نیز حمایت لازم بشود و سوءاستفاده‌های احتمالی به نتیجه نرسد.

۲. شناسایی نسب تنها مربوط به پدر و فرزند و خویشان آنان نیست. جامعه نیز در این دعوا نفع مستقیم دارد و گاه مصلحتی مانع از آن می‌شود که قانونگذار نسب خونی را بپذیرد. پس باید با وضع شرایط خاص، نفوذ حقوقی اقرار را در این باره محدود سازد.

به همین جهت، باید وقوع و شرایط نفوذ و آثار اقرار به نسب را جداگانه بررسی و احکام استثنایی آن را استخراج کرد:

۱. شرایط وقوع اقرار

۳۷۲. لزوم ارادهٔ جدی و سالم و امکان اثبات خلاف آن:

اقرار عملی ارادی است. ضرورتی ندارد که مقر به قصد اخبار به زیان خویش اقدام کند؛ چنان‌که، اگر خواندهٔ دعوا، بی آن که بخواهد خواهان را از اثبات واقعه‌ای بی نیاز سازد، ضمن گفته‌های خود مطلبی را بپذیرد که به زیان خود و سود طرف باشد، نمی‌توان ادعا کرد که چون نتیجهٔ زیان‌بار آن را نمی‌خواسته است اقرار اعتبار ندارد. بنابراین، کافی است که مقر در آنچه اعلام می‌کند قاصد و مختار باشد، هر چند که به منظور پذیرفتن ارکان دعوا نباشد[1].

برای وقوع اقرار اراده باید سالم باشد. اشتباه و اکراه همهٔ اعمال ارادی و از جمله اقرار را بی اثر می‌سازد. اماره‌ای که مبنای نفوذ اقرار است در چنین مواردی کارایی خود را از دست می‌دهد. همچنین است جایی که به دلایل دیگر، مانند جنون و مستی، اقرار ناشی از قصد و رضای سالم نباشد.

این بحث در اقرار به نسب به ویژه از این جهت مطرح می‌شود که، به موجب مادهٔ ۱۱۶۱ قانون مدنی: «... **هرگاه شوهر صریحاً یا ضمناً اقرار به ابوت خود نموده باشد، دعوای نفی ولد از او مسموع نخواهد بود**». پس، این پرسش به میان می‌آید که آیا مادهٔ ۱۱۶۱ تنها مؤید حکم عمومی پذیرفته نشدن انکار بعد از اقرار است، یا استثنای بر حکم مادهٔ ۱۲۷۷ محسوب می‌شود و امکان هرگونه دعوایی که فساد اقرار را ثابت کند از مقر می‌گیرد؟[2]

در پاسخ این پرسش مقدّر باید گفت، مقصود مادهٔ ۱۱۶۱ به طور مسلم این نیست که امکان ادعای اشتباه و اکراه یا جنون و مستی را از مقر بگیرد و او را پای‌بند به گفته‌ای سازد که بر ارادهٔ سالم تکیه ندارد. زیرا، چنان که گفته شد، اعتبار و نفوذ حقوقی اقرار

---

۱. بارتن، یادداشت ش ۱ مکرر بر صفحهٔ ۱۰۷ جلد دوازدهم حقوق مدنی ابری و رو،ش ۷۵۱، ص ۱۰۷ـ برای دیدن نظر مخالف، ابری و رو، همان کتاب.

۲. مرحوم دکتر امامی مادهٔ ۱۱۶۱ را استثنا بر اصل می‌داند و بعد از اقرار به نسب تنها ادعای اکراه را مسموع می‌شمارد(حقوق مدنی، ج ۵، ص ۱۶۹).

مبتنی بر این اماره است که انسان عاقل بیهوده به زیان خویش اقدام نمی‌کند و آنچه در این زمینه می‌گوید درست و راست است. پس، چگونه می‌توان پذیرفت که قانونگذار کسی را به الفاظ بی مغز و توخالی پای‌بند کند؟

مادهٔ ۱۱۶۳ نیز برای احتراز از همین نتیجه است که اشتباه شوهر در تاریخ تولد حقیقی کودک را مانع از سقوط حق اقامهٔ دعوای نفی ولد پس از دو ماه (که امارهٔ اقرار به نسب قرار گرفته است) قرار داده است.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که مادهٔ ۱۱۶۱ قانون مدنی حاوی هیچ حکم تازه‌ای نیست و در اقرار به نسب قاعدهٔ استثنایی وضع نکرده است. حکم «**دعوای نفی ولد از مقر پذیرفته نمی‌شود**» مفهوم وسیع‌تری از «**انکار بعد از اقرار مسموع نیست**» دارد: پذیرفته نشدن انکار بعد از اقرار بدین معنی است که مقر نمی‌تواند آنچه را به زیان خویش گفته است تکذیب کند و این ادعا بی دلیل از او پذیرفته نمی‌شود، ولی حق دارد که دروغ بودن اقرار را با دلیل در دادگاه ثابت کند (مادهٔ ۱۲۷۶ ق.م.) بنابراین، اگر مادهٔ ۱۱۶۱ انشاء نمی‌شد، بر طبق قواعد کلی، اقرار کنندهٔ به نسب می‌توانست، با استفادهٔ از تجزیهٔ خون و نظر کارشناس یا اثبات این امر که فاصلهٔ آخرین نزدیکی او با همسرش تا تولد طفل بیش از ده ماه است، کذب اقرار را در دادگاه ثابت کند و از نتایج آن بگریزد. لیکن، لازمهٔ پذیرفته نشدن دعوای نفی ولد (مادهٔ ۱۱۶۱) این است که مقدمهٔ آن، یعنی ادعای کذب اقرار، نیز شنیده نشود.

بدین ترتیب، هر گاه پدری به نسب فرزند خود اقرار کند، سپس مدعی شود که آنچه به ظاهر واقع شده اقرار معتبر نیست و از درون مانعی برای وقوع آن وجود دارد، دادگاه به ادعا رسیدگی می‌کند. زیرا، گفتهٔ او انکار بعد از اقرار نیست؛ ادعای واقع نشدن اقرار است. مسموع نبودن دعوای نفی ولد نیز مشروط بر این است که پدر به نسب اقرار کرده باشد، و بنابراین رسیدگی به دعوای راجع به وقوع آن (شرط) با حکم قانون منافات ندارد. لیکن اگر مفاد ادعای پدر این باشد که، اقرار واقع شده کذب است، مادهٔ ۱۱۶۱ دادگاه را از استماع چنین گفته‌ای ممنوع کرده است، در حالی که در قواعد عمومی اقرار (مواد ۱۲۷۶ و ۱۲۷۷ ق.م.) مانعی برای آن وجود ندارد. در واقع، اقرار به نسب، همین که به درستی تحقق یافت، تنها به عنوان امارهٔ و کاشف از واقع اعتبار ندارد و به خودی

خود موضوع حکم قرار می‌گیرد.[۱]

۳۷۳. اعلام اراده، اقرار ضمنی به نسب:

اقرار در صورتی واقع می‌شود که قصد اقرار کننده به وسیله‌ای اعلام گردد. نیات درونی تا جنبهٔ بیرونی نیابد و همراه با کاشف خارجی نشود به جهان حقوق راه ندارد.[۲] اقرار به نسب نیز تابع همین قاعده است و باید به وسیلهٔ لفظ یا نوشته یا اشاره اعلام شود (مواد ۱۲۶۰ و ۱۲۶۱ ق.م).

وسایلی که برای اعلام اراده به کار می‌رود ممکن است به قصد «اخبار به حق» باشد، مانند این که پدری در وصیتنامهٔ خود بنویسد که دارای فرزندی است یا برای گرفتن شناسنامه نزد مأمور ثبت احوال خود را پدر نوزاد معرفی کند (اقرار صریح). همچنین ممکن است از اعمالی که شخص به منظور دیگری انجام می‌دهد اقرار او به نسب استنباط شود:

برای مثال، اگر مردی یادگارهای خانوادگی را که به طور معمول به پسر بزرگتر می‌سپارند به طفلی ببخشد یا در وصینامهٔ خو دستور دهد که این یادگارها را به او بدهند، به طور ضمنی به نسب چنین فرزندی اقرار کرده است. بی گمان، چنین اقدامی دلالت صریح بر اقرار ندارد. زیرا، احتمال دارد رابطهٔ عاطفی دیگر، مانند استاد و شاگردی، نیز انگیزهٔ چنین بخشش‌هایی قرار گیرد. با وجود این، گاه در اوضاع و احوال خاص از لحن کلام واهب یا موصی، به خوبی بر می‌آید که متهب را به عنوان پسر بزرگتر طرف خطاب قرار داده است.

مقصود مادهٔ ۱۱۶۱ از اشاره به اقرار ضمنی به ابوت انجام دادن کارهایی از این گونه است که نشان می‌دهد شوهر نوزاد را به فرزندی قبول دارد. مثال دیگر، در موردی است که پدر، در مقام بیان شمار فرزندان خود، کودک مورد نظر را نیز در جمع آنان به حساب

۱. برای ملاحظهٔ تفاوت اماره و قاعدهٔ موضوعی، رک: ناصر کاتوزیان اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، ش ۱۱ و ۱۲.

۲. ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۶۲ به بعد - قواعد عمومی قراردادها ج ۱، ش ۱۳۴.

آورد و برای او میراث‌معین کند؛ یا به فرزند مردی نواده خطاب کند و تصدیق نماید که از نسل او است... و مانند اینها.

۳۷۴. سکوت و اقرار ضمنی:

اکنون باید دید آیا سکوت در برابر آبستنی و زایمان زن را می‌توان نوعی اقرار ضمنی به ابوت محسوب داشت؟

قاعده این است که هیچ تصمیمی به ساکت نسبت داده نشود. زیرا حقوق وسیلهٔ روانکاوی ندارد و ناچار به وسایل بیرونی می‌پردازد. وضع ساکت مبهم است و احتمال دارد نشانهٔ اعتراض یا تأیید امری باشد. ولی، آیا این قاعده را در مورد سکوت در برابر عمل و زایمان طفل همسر شخص نیز باید اجرا کرد؟

پاره‌ای از استادان سکوت شوهر را اقرار ضمنی به ابوت ندانسته‌اند[1] وبعضی دیگر آن را تابع قراین خارجی همراه با سکوت شمرده و سکوت را، قطع نظر از سایر قراین، اعم از اقرار گفته‌اند[2].

در فقه امامیه نیز دربارهٔ اثر سکوت شوهری که هنگام تولد طفل حضور داشته و نفی ولد نکرده اختلاف است: گروهی مانند شیخ طوسی از چنین شوهری دعوای انکار ولد را نمی‌پذیرند و اعتقاد دارند که دعوا باید به فوریت بعد از اطلاع از تولد طفل اقامه شود[3]. جمع دیگر، به این استناد که سکوت اعم از اقرار است و بر آن دلالت ندارد، ادعای نفی ولد را تا زمانی که اعتراف بدان نشده است پذیرفته می‌دانند[4].

در این که سکوت به تنهایی وسیلهٔ بیان اراده نیست و تنها به یاری قراین و اوضاع و احوالی که همراه آن است می‌تواند قصد واقعی ساکت را نشان دهد تردیدی وجود

۱. دکتر امامی، ج ۵ ص ۱۶۹.

۲. دکتر صفایی، پلی کپی خانواده، نسب، ص ۲۴۱.

۳. شیخ طوسی، مبسوط، ج ۵ ص ۲۲۸ ـ همچنین، نقل از: شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۷، کتاب لعان، که این نظر را به مشهور فقها نیز نسبت داده است.

۴. شهید ثانی، مسالک، ج ۲، کتاب لعان؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۴۸ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۴، کتاب لعان، ص ۱۷ و ۱۸ ـ علامهٔ حلی، قواعد، ج ۲، ص ۹۱، که با تردید از این نظر طرفداری کرده است. در مبسوط شیخ طوسی (ج ۵ ص ۲۲۹) این گفته «قول شاذ» نامیده شده است.

ندارد، ولی آنچه قابل تأمل به نظر می‌رسد این است که آیا اعتراض نکردن شوهری که زن خود را در حال به دنیا آوردن فرزندی می‌بیند قرینه بر این نیست که طفل را از آن خود می‌داند و در نسب او تردید ندارد؟ آیا شوهری متعارف در چنین وضعی زبان به ملامت و اعتراض می‌گشاید یا سکوت می‌کند؟ مگر حکم به اقرار ضمنی جز به دلیل این است که عرف رفتار شوهر را حاکی از اعتراف به رابطهٔ پدر و فرزندی می‌بیند، پس چرا داوری عرف را در مورد سکوت نباید پذیرفت؟

بی‌گمان، اگر شوهر بتواند عذر معقولی برای سکوت خود اثبات کند (مانند بیم از خانوادهٔ زن و احتمال خونریزی)، قرینه‌ای که به سکوت معنی اقرار را می‌دهد درهم می‌ریزد. ولی، هرگاه چنین وضع نامتعارفی اثبات نشود، آیا باز هم می‌توان سکوت را اعم از اقرار شمرد؟

به نظر می‌رسد که قرینهٔ مربوط به حضور شوهر هنگام وضع حمل همسر خود یا آگاه شدن از آن به اندازه‌ای قوی است که می‌تواند به سکوت شوهر مفهوم اقرار ضمنی به نسب را بدهد. قانون مدنی نیز از همین نظر پیروی کرده است، زیرا در مادهٔ ۱۱۶۲ مقرر می‌دارد: **«در مورد مواد قبل، دعوای نفی ولد باید در مدتی که عادتاً پس از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل برای امکان اقامهٔ دعوا کافی می‌باشد اقامه گردد و در هر حال دعوای مزبور پس از انقضای دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود»**[1].

مبنای حکم مقرر در ماده این است که به نظر قانونگذار تأخیر در اقامهٔ دعوا دلالت بر اقرار ضمنی به نسب دارد. منتها، چون امکان دارد که شوهر، به دلایل مادی یا اخلاقی گوناگون، نتوانسته باشد به هنگام اقامهٔ دعوا کند، به دادرس اجازه داده شده است که تا دو ماه تأخیر را به تناسب موارد بپذیرد. ولی، پس از دو ماه قانونگذار به طور قاطع فرض می‌کند که شوهر نسب را پذیرفته و به طور ضمنی اقرار بر آن کرده است.

در ایجاد این فرض، گذشته از قرینهٔ مربوط به سکوت شوهر در برابر نوزاد همسر خود، مصالح اجتماعی دیگر نیز دخالت داشته است. حمایت از طفل ایجاب می‌کند که هر چه زودتر سروسامانی بیابد و زن نیز از انکار شوهر و طعنهٔ این و آن مصون بماند.

۱. این مدت را بعض از فقیهان سه روز و دو روز و چهل روز نیز گفته‌اند: نقل از، شیخ طوسی، مبسوط، ج ۵، ص ۲۲۹.

پس، به شوهر نباید اجازه داد که استفادهٔ از این سلاح را برای خود حفظ کند و آن را وسیلهٔ تهدید اعضای خانواده سازد.[۱]

۲. شرایط نفوذ اقرار

۳۷۵. شمار شرایط و هدف از آنها:

چنان‌که گفته شد، اقرار بدین جهت کاشف از حقیقت و دارای نفوذ حقوقی است که انسان عاقل و متعارف بیهوده به زیان خویش اقدامی نمی‌کند و ظاهر این است که از واقع خبر می‌دهد. پس، اگر به حکم عقل یا متعارف نادرستی إخبار مسلم باشد، اثر ندارد. همچنین گفتهٔ مقر از این لحاظ که تنها به زیان اوست بی دلیل پذیرفته می‌شود. اعلام شخص در صورتی که به زیان دیگران باشد ادعا است و بی دلیل اثری ندارد. اقرار به نسب همان گونه که دارای آثاری به زیان اقرارکننده است، از جهاتی نیز به سود او تمام می‌شود. بنابراین، نفوذ حقوقی این قسم از اقرار باید موکول به شرایطی شود که دست کم از آثار زیان بار آن بکاهد.

شرایط نفوذ اقرار را مادهٔ ۱۲۷۳ قانون مدنی بدین شرح خلاصه کرده است:

۱. امکان تحقق نسب بر حسب عادت و قانون؛

۲. تصدیق کسی که به نسب او اقرار شده است؛

۳. نبودن منازعی که با مقر در این زمینه اختلاف داشته باشد [۲].

فقیهان امامیه بر این شرایط مجهول بودن نسب را نیز افزوده‌اند. پس، اگر کسی اقرار به پدری شخصی که دارای نسبی شناخته شده است بکند، این اقرار اثر ندارد، هر چند که مقرله نیز کبیر باشد و آن‌را تصدیق کند. ولی، نویسندگان قانون مدنی این شرط را در

۱. مسالک، کتاب یاد شده ـ مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲ خانواده، ش ۹۰۳.

۲. شیخ طوسی، مبسوط، ج ۳، ص ۳۸ ـ محقق، نافع، که شرایط سه گانه را، امکان بنوت و جهالت نسب صغیر و نبودن منازع، ذکرکرده است و تصدیق‌کودک را به دلیل عدم اهلیت شرط نمی‌داند و تأیید می‌کند که اگر پس از بلوغ اقرار را انکار کند پذیرفته نمی‌شود. بر عکس در مورد اقرار به نسب کبیر تصدیق او شرط است (فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۲۹۷).

«نبودن منازع» ادغام کرده‌اند. همچنین، احتمال داده شده است که این شرایط ناظر به موردی است که آثار نسب، به ویژه توارث، برای هر دو طرف باشد، وگرنه، در مورد آثاری که تنها به زیان مقر است: مانند الزام به دادن نفقه و شرکت مقرله در میراث و وقف، اقرار در هر حال نافذ است. ولی، این گفته با ظاهر قانون مدنی و بسیاری از نوشته‌های فقیهان سازگار نیست. به اضافه، تجزیهٔ نسب و آثار آن از دیدگاه منطقی نیز دشوار است.

۳۷۶. الف. امکان تحقق نسب :

تحقق نسب مورد اقرار ممکن است به حکم عقل یا عادت ممکن نباشد؛ چنان که، اگر اقرار به فرزندی کسی شود که مسن‌تر از مقر باشد یا پیش از او فوت کرده باشد، نادرستی این اقرار به حکم عقل ثابت است و در زمرهٔ سایر اقرارهای کذب اثر ندارد (مواد ۱۲۶۹ و ۱۲۷۶ ق.م). همچنین، اگر اقرار به فرزندی طفلی شود که مادر او دور از دسترس مقر است، درستی این اقرار بر حسب عادت امکان ندارد و همین امر وجدان دادرس را در دروغ بودن گفتهٔ اقرار کننده قانع می‌سازد(مواد ۱۲۶۹ و ۱۲۷۳ ق.م). در مواردی هم که انتساب طفل به مقر بر حسب عادت یا عقل امکان دارد، ولی قانون چنین انتسابی را نمی‌پذیرد، باید اقرار را بی اثر شمرد.

برای مثال، اگر کسی اقرار به فرزندی طفلی کند که در زمان زوجیت مادر او با مرد دیگری به دنیا آمده است و بر طبق قاعدهٔ فراش به شوهر زن تعلق دارد، اقرار را قانون نافذ نمی‌شمرد، هر چند که مقر له بعد از رسیدن به سن رشد نیز آن را تصدیق کند. زیرا، بر فرض که رابطهٔ نامشروع مقر با مادر طفل اثبات شود، طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود(مادهٔ ۱۱۶۷ ق.م). استناد به نزدیکی به شبهه نیز ادعایی است که نیاز به اثبات دارد و اقرار مرد به تنهایی تغییری در نسب طفل نمی‌دهد، هر چند که با تصدیق زن همراه باشد.

۳۷۷. ب. تصدیق کسی که به نسب او اقرار شده است:

برای نفوذ اقرار در بارهٔ دیگری باید مفاد آن مورد تصدیق مقرله قرار گیرد، ولی نباید

چنین پنداشت که این تصدیق ماهیت اقرار را دگرگون می‌سازد و به صورت عقد در می‌آورد. در این فرض نیز اقرار ایقاع است و با ارادهٔ مقر واقع می‌شود. آنچه نیاز به تصدیق مقرله دارد نفوذ حقوقی اقرار دربارهٔ اوست.

در این که اقرار هیچ کس نمی‌تواند بر خلاف رضای دیگری حق و تکلیفی به وجود آورد، بین اقرار به نسب و سایر اقسام آن تفاوتی وجود ندارد، زیرا در هر مورد که مقرله مفاد اقرار را تکذیب کند در حق او اثر ندارد (مادهٔ ۱۲۷۲ ق.م.). ولی آنچه سبب امتیاز اقرار به نسب می‌شود این است که در این مورد، بر خلاف سایر اقرارها، تصدیق مقرله نیز شرط صحت اقرار است. شاید در بادی نظر آثار عملی این تمایز آشکار نباشد، لیکن توجه به این دو نکته تفاوت بین لزوم عدم انکار مقرله و تصدیق او را روشن می‌سازد:

۱. در مورد قواعد عمومی اقرار، که نیازی به تصدیق مقرله نیست، اعلام اقرار کننده نسبت به حقوق او عمل حقوقی کاملی است و نیاز به هیچ شرط خارجی ندارد. نفوذ این اقرار در بارهٔ مقرله نیز منوط بر این است که او مفاد اقرار را تکذیب نکند و به همین جهت نیز سکوت او (به عنوان عدم انکار) برای مؤثر شناختن اقرار کافی است؛ در حالی که، اقرار به نسب هنگامی نفوذ حقوقی می‌یابد که از طرف مقرله تصدیق شود. تصدیق باطنی نیاز به کاشف خارجی دارد تا اعلام شود، پس سکوت یا عدم انکار برای تأمین اعتبار اقرار کافی نیست.

۲. جایی که انکار مقرله مانع از نفوذ اقرار در حق اوست، هرگاه مفاد اقرار تکذیب شود، اثر آن در بارهٔ مقر از بین نمی‌رود. زیرا، گفته شد که اقرار از نظر او عمل حقوقی کاملی است. بنابراین، اگر کسی اقرار به مالکیت دیگری کند و مقرله وجود حق خویش را منکر شود، اعلام مقر نشان می‌دهد که مال مورد نزاع به او تعلق ندارد.

ولی، در مورد اقرار به نسب، چون تصدیق مقرله شرط نفوذ اقرار است، تا زمانی که تصدیق انجام نشده است، اقرار هیچ اثری در روابط دو طرف ندارد و احکام نسب دربارهٔ مقر نیز اجرا نمی‌شود.

۳۷۸. استثنای مربوط به اقرار به نسب فرزند صغیر:

در مادهٔ ۱۲۷۳ قانون مدنی، نسبت به لزوم تصدیق مقرله چنین آمده است:

«اقرار به نسب در صورتی صحیح است که... کسی که به نسب او اقرار شده تصدیق کند، مگر در مورد صغیری که اقرار بر فرزندی او شده...». بدین ترتیب، جایی که اقرار ناظر به فرزندی صغیر باشد، تصدیق مقرله شرط نیست و این امر به عنوان استثنایی بر قاعدهٔ کلی «لزوم تصدیق مقرله» پذیرفته شده است.[1]

دلیل این استثنا را باید در جهات اجتماعی مربوط به حمایت از فرزندان صغیر خانواده جستجو کرد: چنان که گفته شد، اختلاف نسب به طور معمول در بارهٔ پدر طفل ایجاد می‌شود و تردید انتساب نوزاد به مادر نادر است. همچنین، می‌دانیم که اقرار به نسب نباید بر خلاف قانون باشد و اقرار به فرزندی کسی که مادرش با مقر بیگانه است، جز در موارد استثنایی نزدیکی به شبهه، اثر حقوقی ندارد. پس اثر مهم استفاده از اقرار به نسب در موردی است که پدر خانواده (شوهر مادر) الحاق طفل به خود را می‌پذیرد.

گفتگو در بارهٔ مشروع بودن طفلی که در زمان زوجیت به دنیا آمده است، در مرحلهٔ نخست به پدر و مادر ارتباط دارد، زیرا در آن از خصوصی‌ترین روابط جنسی بین آنان بحث می‌شود؛ روابطی که قانونگذار آن را خالی از شایبه‌های ناپاکی و بی عفتی می‌داند و استواری بنیان خانواده را وابستهٔ به این فرض (امارهٔ فراش) می‌کند.

از سوی دیگر، برای نوزاد هیچ چیز مهم‌تر از داشتن خانواده و سرپناه مشروع نیست. بنابراین، طبیعی است که قانونگذار چنین اقراری را، بدون توجه به آثاری که دربارهٔ کودک و سایر خویشان پدر دارد، بدون شرط بپذیرد و آن را موکول به تصدیق او نسازد.

از آنچه گفته شد، نباید چنین نتیجه گرفت که تنها اقرار پدر به نسب بدون نیاز به تصدیق مقرله پذیرفته می‌شود و مفاد مادهٔ ۱۲۷۳ قانون مدنی در بارهٔ اقرار مادر اجرا نمی‌شود. زیرا، نه تنها این استنباط با مفاد (اطلاق و عموم ماده) قانون منطبق نیست، مصالحی که گفته شد در مورد اقرار مادر نیز وجود دارد: اقرار مادر به طور معمول جایی ضرورت پیدا می‌کند که مبنای انتساب طفل به شوهر او قرار می‌گیرد یا الحاق کودک به

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۶، ص ۱۵۶ ـ در این کتاب و همچنین در جامع المقاصد محقق ثانی در این باره ادعای اجماع شده است.

پدر مسلم است و مادر بر آن پایه اقرار می‌کند.

با وجود این، نباید اقرار به فرزندی را به طور ضمنی اقرار به زوجیت با پدر یا مادر طفل پنداشت ،زیرا احتمال دارد فرزند ناشی از نزدیکی به شبهه باشد. ولی، در دعوای زوجیت می‌توان چنین اقراری را از قراین درستی ادعا شمرد.

از استثنایی بودن حکم مربوط به اقرار نسب صغیر، ممکن است دو نتیجهٔ مهم گرفته شود:

۱. با این که وضع مجنون و متوفی، از حیث نداشتن اهلیت و امکان برای تصدیق، با صغیر شباهت دارد، نمی‌توان به یاری قیاس حکم استثنایی مادهٔ ۱۲۷۳ (لازم نبودن تصدیق مقر له) را در مورد آنان نیز اجرا کرد.[۱] پس، این اقرار در صورتی اثر دارد که مجنون در حال افاقه یا پس از بهبودی آن را تصدیق کند. ولی، این نتیجه با مبانی تاریخی قانون مدنی تعارض دارد: فقیهان امامیه تصریح کرده‌اند که می‌توان به نسب فرزند متوفی نیز اقرار کرد، خواه این فرزند در حال کودکی باشد یا پس از رسیدن به سن رشد و خواه مالی از او به میراث مانده باشد یا ترکه‌ای نداشته باشد. کافی است که نسب مورد اقرار مجهول باشد و نتوان از راه امارهٔ فراش و دلایل دیگر آن را به مرد دیگری نسبت داد. همچنین، در فقه تأیید شده است که نفوذ اقرار به نسب مجنون منوط به تصدیق او نیست، هر چند کبیر باشد: یعنی، دیوانه از حیث بی اعتباری کلام در حکم صغیر است.[۲]

در بارهٔ هر دو حکم به تکرار ادعای اجماع شده است و، اگر تردیدی هم شده، نویسنده سرانجام به مشهور پیوسته است یا به صراحت فتوایی نداده است.[۳] با این ترتیب بعید به نظر می‌رسد که دادگاه خانواده از قانون مدنی نتیجه‌ای مخالف با آن بگیرد.

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۶، ص ۴۲.

۲. علامهٔ حلی، قواعد، ج ۱، ص ۲۸۷ ـ محقق، شرایع، نسب شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۸۶ ـ محقق کرکی (ثانی) جامع المقاصد، ج ۱، ص ۵۶۲ ـ محقق قمی، جامع الشتات ،ص ۵۶۶ به بعد ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۱۶۷ و ۱۶۸ به ویژه در مورد نقد و تحلیل تردیدهایی که در این زمینه نسبت به مخالفت آن با قواعد عمومی شده است: از جمله، شهید ثانی در مسالک (ج ۲، ص ۱۶۷)، در مورد اقرار به سود کبیر دیوانه یا مرده می‌نویسد: «ولایخلوامن اشکال لاصالة عدم النسب فی کون الحاقه بمجرد الدعوی علی خلاف الاصل فیقتصر فیه علی موضع الوفاق و هو الصغیر و لاطلاق اشتراط تصدیق الکبیر و هو متف‌هنا....».

۳. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب نکاح.

وانگهی، از نظر منطقی نیز، استثنای صغیر از حکم بند اول مادهٔ ۱۲۷۳ مبنایی جز عدم اهلیت و ممکن نبودن تصدیق او ندارد و این علت در مورد متوفی و مجنون نیز وجود دارد. پس، استثنای قانون را در حدود مفاد خود بایستی تعمیم داد. به ویژه که حکم مربوط به لزوم تصدیق مقر له خود استثنایی بر قاعدهٔ اعلام شده در مادهٔ ۱۲۷۲ ق.م. است که به موجب آن: «در صحت اقرار تصدیق مقر له شرط نیست، لیکن اگر مفاد اقرار را تکذیب کند اقرار مزبور در حق او اثری نخواهد داشت». بنابراین، استثنای مربوط به صغیر در مادهٔ ۱۲۷۳ در واقع بازگشت به قاعدهٔ مندرج در مادهٔ ۱۲۷۲ است و تعمیم آن به موارد مشابه خود، مانند جنون و فوت، اصلی را نقض نمی‌کند و بازگشت به اصل است ؛ چنان که صاحب جواهر نیز در آخرین تحلیل خود مبنای اجماع فقیهان در مورد «لازم نبودن تصدیق متوفی و مجنون» را همین نکته می‌داند نه قیاس آن‌ها با صغیر (ج ۳۵، ص ۱۶۹) .

۲. حکم مربوط به لازم نبودن تصدیق مقرله ویژهٔ موردی است که اقرار به فرزندی باشد. در مادهٔ ۱۲۷۳ آمده است که: «... مگر در مورد صغیری که اقرار بر فرزندی او شده...». بنابراین، اگر کسی اقرار به خویشاوندی صغیری به عنوان برادر یا عمو یا نواده کند، نفوذ اقرار منوط به تصدیق صغیر بعد از رسیدن به سن رشد است.[1] زیرا، گذشته از ظهور مادهٔ ۱۲۷۳ و تأیید مبانی تاریخی آن،[2] مصلحتی که در مورد اقرار به نسب فرزند گفته شد، برای پذیرفتن اقرار به زیان دیگری در این مورد وجود ندارد.

با وجود این، پاره‌ای از نویسندگان مادهٔ ۱۲۷۳ را شامل موردی که اقرار به خویشاوندی صغیر می‌شود نیز دانسته‌اند، و ضعف این نظر، با ملاحظهٔ آنچه گفته شد، آشکار است.[3]

۱. زیرا اقرار به نسب بیش از هر عامل دیگری به شرافت خانوادگی و اعتبار و شخصیت کودک ارتباط دارد و در زمرهٔ امور مالی نیست که در اختیار ولی یا قیم صغیر باشد.

۲. در فقه امامیه، در بارهٔ لزوم تصدیق صغیری که به خویشاوندی او اقرار شده است، جز شیخ در مبسوط، اختلافی وجود ندارد ؛ علامهٔ حلی، قواعد ج ۱، ص ۲۸۸ ؛ تذکره، ج ۲، کتاب اقرار - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۱۶۰ و ۱۶۱. - شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۸۶ و ۱۸۷.

۳. شهید ثانی در شرح لمعه (ج ۲، ص ۱۸۶ چاپ سنگی)، در مورد میت، عبارتی دارد که به ظاهر خویشاوند و فرزند یکسان است و در هیچ کدام تصدیق مقر به شرط نیست.

نکته‌ای را که باید بر مباحث گذشته افزود این است که صغیر پس از رسیدن به سن رشد نمی‌تواند مفاد اقرار را انکار کند، زیرا نسب در زمانی تحقق یافته که، به حکم قانون و به دلیل کودکی، ارادهٔ او در نفوذ اقرار اثری نداشته است.[1] ولی، هیچ مانعی ندارد که پس از رسیدن به سن رشد با دلیل ثابت کند که فرزند دیگری است و اقرار بر خلاف واقع بوده است.

۳۷۹. ج. نبودن منازع:

در فقه امامیه، یکی از شرایط لازم برای نفوذ اقراری که به نسب فرزند می‌شود این است که منازعی در بین نباشد و در این باره هیچ اختلافی وجود ندارد.[2] ولی، عبارت مادهٔ ۱۲۷۳ قانون مدنی به گونه‌ای انشاء شده که این شرط ویژهٔ اقرار به نسب فرزند صغیر است. متن ماده بدین شرح است: «**اقرار به نسب در صورتی صحیح است که اولاً تحقق نسب بر حسب عادت و قانون ممکن باشد ثانیاً کسی که به نسب او اقرار شده تصدیق کند، مگر در مورد صغیری که اقرار بر فرزندی او شده، به شرط آنکه منازعی در بین نباشد.**» وظاهر این است که شرط (نبودن منازع) به مورد استثنای اخیر ماده (اقرار به فرزندی صغیر) نظارت دارد و نباید آن را از شرایط عمومی نفوذ اقرار به نسب قرارداد.

اعتماد به این ظهور در مورد منطوق ماده اشکالی ایجاد نمی‌کند، زیرا در موردی که منازعی برای نسب فرزند وجود نداشته باشد، باید اقرار به نسب را بی‌تصدیق صغیر پذیرفت. ولی، مفهوم ماده نتایجی به بار می‌آورد که به طور مسلم مقصود قانونگذار نبوده است و از نظر حقوقی بیراهه‌ای است که باید از آن پرهیز کرد. آیا می‌توان ادعا کرد که از آوردن شرط (نبودن منازع) در مورد اقرار به نسب فرزند صغیر چنین بر می‌آید که در سایر موارد، مانند اقرار به نسب فرزند کبیر یا اقرار به خویشاوندی، این شرط اعتبار ندارد و اقراری که مورد تصدیق مقرله واقع شده است، در برابر مدعی دیگر نسب قابل استناد به نظر می‌رسد؟

۱. سید علی طباطبایی، ریاض، ج ۲، کتاب اقرار، اقرار به نسب ـ شیخ طوسی، مبسوط، ج ۳، ص ۳۹ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۱۶۳ و ۱۶۵.

۲. علاوه بر کتابهای یاد شده، رجوع شود به: مفتاح الکرامه، ج ۹، کتاب اقرار، ص ۳۲۷ ـ جامع المقاصد، ج ۱، ص ۵۶۲ به بعد (هر دو کتاب شرح بر قواعد علامه است) ـ جامع الشتات، ص ۵۶۶ به بعد.

پاسخ چنین پرسشی بی گمان منفی است. زیرا، چنان که گفته شد، اعتبار اقرار مبتنی بر این امارهٔ قانونی است که هیچ عاقلی بیهوده به زیان خود اقدام نمی‌کند و ظاهر این است که در چنین موردی راست می‌گوید. به همین جهت، اقرار به زیان دیگران اعتبار ندارد و هیچ قرینه‌ای بر درست بودن آن موجود نیست. بنابراین، جایی که اقرار مورد تصدیق مقرله قرار گرفته است، در برابر سایر مدعیان نسب حقیقی را ثابت نمی‌کند و از این حیث تفاوتی بین اقرار به فرزندی صغیر و سایر اقسام آن وجود ندارد.

برای دست یافتن به این نتیجهٔ منطقی و احتراز از مفهوم نادرست مادهٔ ۱۲۷۳ باید یکی از این دو شیوهٔ تفسیر را برگزید:

۱. با توجه به سابقهٔ تاریخی قانون مدنی تأیید کرد که، بر خلاف ظاهر مادهٔ ۱۲۷۳، شرط مربوط به (نبودن منازع) ناظر به تمام حکم است و اختصاص به استثنای بخش اخیر آن ندارد: یعنی درستی اقرار به نسب سه شرط دارد و «**مگر در مورد صغیری که اقرار بر فرزندی او شده**» جمله‌ای معترضه و فرعی است که میان سه شرط به ظاهر فاصله افکنده ولی در معنی ارتباط معنوی آنها را قطع نمی‌کند.

۲. اثبات لزوم شرط (نبودن منازع) در اقرار به نسب فرزند صغیر به معنی بی اثر بودن آن در سایر اقرارها نیست و از مفهوم مخالف مادهٔ ۱۲۷۳ نباید چنین نتیجه گرفت که قانونگذار قاعدهٔ کلی «مؤثر نبودن اقرار به زیان دیگری»(مادهٔ ۱۲۸۷ ق.م.) را تخصیص داده است. به‌بیان دیگر، منطوق مادهٔ ۱۲۸۷ و اصول کلی مربوط به نسبی بودن اعتبار اقرار نشان می‌دهد که قانونگذار به مفهوم مادهٔ ۱۲۷۳ نظر نداشته است. با این تعبیر، آثار اقرار تابع قواعد عمومی است و نبودن منازع شرط درستی و نفوذ اقرار نیست.

تفاوت این دو تفسیر در اثر اقرار بین دو طرف ظاهر می‌شود: به تعبیر نخست، چون نبودن معارض از شرایط نفوذ اقرار است، در موردی که دو نفر اقرار به نسب طفلی کنند، هیچ کدام اثری ندارد و حتی در روابط مقر و طفل ایجاد نسب نمی‌کند. ولی، به تعبیر دوم، هر اقرار تنها در روابط دو طرف اثر دارد و در برابر مدعی دیگر نفوذ حقوقی ندارد.

این اختلاف، به گونه‌ای که در این کتاب مطرح شد، هنوز در میان نویسندگان حقوق مدنی و دادگاه‌ها موضوع بحث قرار نگرفته است. ولی به نظر می‌رسد که تعبیر نخست با

روح قانون مدنی سازگارتر باشد. زیرا، نه تنها سابقهٔ تاریخی مادهٔ ۱۲۷۳ آن را تأیید می‌کند، از نظر اصول حقوقی نیز قوی‌تر است: در موردی که دو نفر به فرزندی طفلی اقرار می‌کنند، امارهٔ ناشی از هر یک دیگری را خنثی می‌کند، پس منطقی است که از هر دو اقرار صرف‌نظر شود و دادرس به دلایلی بپردازد که راه رسیدن به واقع است.

از لحاظ اجتماعی نیز، نسبی بودن حکم نسب زننده و غیر متعارف است که طفلی فرزند دو پدر به حساب آید یا به اعتباری فرزند شخصی باشد و به اعتبار دیگر فرزند او نباشد. به همین جهت، از دیر باز پذیرفته شده است که احکام مربوط به احوال شخصی در برابر کسانی هم که در دادرسی دخالت نداشته‌اند قابل استناد است و حتی بعضی گفته‌اند که از اعتبار امر قضاوت شده به‌طور کامل بهره‌مند می‌شود.[1] اکنون باید دید در چه مورد منازعه در باب نسب تحقق می‌پذیرد و جای آن است که اقرار مدعیان بی اعتبار شناخته شود؟

بر خلاف آنچه در ابتدا به نظر می‌آید، همین که دو یا چند تن در بارهٔ نسب طفلی اختلاف پیدا کنند، نمی‌توان ادعا کرد که اقرار بی اثر است. باید اقرار هر دو طرف دعوا شرایط لازم برای اعتبار اقرار به نسب را دارا باشد تا تعارض به وجود آید. بنابراین، اگر شوهر زنی به فرزندی طفل او اقرار کند و شخص دیگر نیز مدعی نسب طفل باشد، اقرار شوهر را نمی‌توان بی اعتبار شناخت .ولی، هرگاه دو نفر به شبهه با زنی نزدیکی کنند و هر دو الحاق طفل را به خود بپذیرند، از اقرار آن دو راهی به واقع باز نمی‌شود.[2]

همچنین، در صورتی که دو نفر اقرار به فرزندی کبیر کنند، هر کدام را او تصدیق کند معتبر است و دیگری اعتبار ندارد، زیرا تصدیق مقرله از شرایط درستی چنین اقراری است[3]. ولی، اگر این دو اقرار در بارهٔ نسب صغیر باشد، چون تصدیق مقرله در این فرض شرط نفوذ اقرار نیست و هیچ دلیلی برای ترجیح یکی از آنها وجود ندارد، ناچار باید هر دو را بی‌اعتبار شمرد وشاید به همین دلیل است که نویسندگان مادهٔ ۱۲۷۳ شرط نبودن

۱. ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، ش ۱۶۰ به بعد.
۲. شهید ثانی، شرح لمعه، چاپ سنگی، ج ۲، ص ۱۸۷ ـ محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۹، ص ۲۳۹.
۳. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب اقرار، فصل پنجم.

منازع را در اقرار به نسب صغیر آورده‌اند.

۳. آثار اقرار

۳۸۰. قاعده:

چنان که بارها گفته شد، اثر اقرار بر حسب قاعده تنها دامنگیر مقر می‌شود. در اجرای همین قاعده است که در اقرار به نسب تصدیق مقرله از شرایط نفوذ اقرار است، زیرا آثار نسب مانند دیون و تعهدات تنها به زیان مقر نیست و سود و زیان آن به طرفین می‌رسد. علاوه بر این، اثر اقرار به نسب به دیگر خویشان آنان نیز سرایت می‌کند:

برای مثال، اگر کسی اقرار کند که دیگری برادر اوست، تحقق این نسب باعث می‌شود که مقرله فرزند پدر و مادر او و برادر سایر خواهران و برادران و عموی برادرزاده‌های او نیز بشود و این نتیجه‌ای است که باید از آن پرهیز کرد. زیرا، هیچ کس حق ندارد نسبی را به دیگران تحمیل کند و با اقرار و به دست آوردن تصدیق مقرله برای آنان خویش ناخواسته به وجود آورد.

باید در تأمین نسبی بودن اقرار کوشید و اشکال نیز از همین امر آغاز می‌شود، چرا که طبیعت نسب نیز مانند حقوق عینی ایجاب می‌کند که اعتبار آن در برابر همه یکسان باشد. پس، در جمع بین دو اقتضا (اثر نسبی اقرار دربارهٔ مقر و ممکن نبودن تجزیهٔ نسب)، باید گفت نسب به معنی واقعی خود ثابت نمی‌شود ولی آثار مالی آن دربارهٔ مقر رعایت می‌گردد و این همان ترتیبی است که فقها در بارهٔ اقرار به نسب خویشان رعایت کرده‌اند.

۳۸۱. اجرای قاعده در اقرار به نسب خویشان:

قانون مدنی، برای تأمین نسبی بودن اقرار، تصدیق مقرله را شرط نفوذ آن دانسته است (مادهٔ ۱۲۷۳). ولی تمهید قانون کافی به نظر نمی‌رسد، زیرا این تصدیق تنها اشکال مربوط به آثار اقرار در بارهٔ خود او را از بین می‌برد. پس، در مقام اجرای قاعده، باید شیوه‌ای برگزید که دیگران نیز زیانی نبینند. نباید چنین پنداشت که موانع نفوذ اقرار در

مادهٔ ۱۲۷۳ جمع شده و هرچه بر آن افزوده شود با قانون مخالف است. مادهٔ۱۲۷۳ در بیان شرایط صحت اقرار است، لیکن باید به خاطر داشت که آثار اقرار درست نیز باید محدود به مقر و قائم مقام او شود (مادهٔ ۱۲۸۷ ق.م.). و به همین دلیل تعیین قلمرو نفوذ اقرار با محدود بودن شرایط درستی آن تعارض ندارد.

فقیهان امامیه، برای جلوگیری از تحمیل آثار اقرار به دیگران، ضوابطی به دست داده‌اند که به نظر می‌رسد در حقوق کنونی نیز به کار می‌آید:

۱. اثر اقرار محدود به مقر و مقرله است و به سایر خویشان سرایت نمی‌کند. پس، اگر کسی اقرار کند که دیگری برادر اوست، آثار آن تنها در روابط دو طرف مؤثر است: یعنی، مقرله فرزند پدر مقر به حساب نمی‌آید و از او ارث نمی‌برد. همچنین، اگر یکی از دو فرزند کسی به برادری ثالث اقرار و دیگری آن را انکار کند، نسب ثالث نسبت به هیچ کدام از آن دو ثابت نمی‌شود، زیرا در این باره نمی‌توان تبعیض کرد. پس نباید ترکهٔ پدر به سه برادر (دو فرزند و ثالث) به طور مساوی برسد؛ لیکن اقرار در سهم مالی مقر مؤثر است و مقرله ثلث از سهم او (یعنی $\frac{1}{6}$ از کل‌ترکه) را می‌گیرد.[1]

پاره‌ای از نویسندگان فراتر رفته و ادعا کرده‌اند که، اگر اقرار سبب الحاق مقرله به دیگری شود، در صورتی نافذ است که آن شخص مرده باشد (در مثال ما پدر دو طرف) و در زمان حیات خود الحاق مقرله را به خود نفی نکرده باشد.[2] در توجیه این نظر گفته شده است تا زمانی که شخص زنده است، دیگری نمی‌تواند فرزندی را به او نسبت دهد، هر چند که آن شخص دیوانه باشد.

ولی، بیشتر نویسندگان از این شرط اضافی نامی نبرده‌اند یا در انتقاد از آن گفته‌اند که، هرگاه آثار نسب و اقرار تنها محدود به طرفین باشد و به دیگران سرایت نکند، دیگر لزومی ندارد که پدر فوت کرده باشد.[3] این ایراد وارد به نظر می‌رسد و اگر به وسیلهٔ اقرار

۱. سید محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۹، ص ۳۴۶ و ۳۴۷ ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب اقرار.
۲. علامهٔ حلی، تذکره، ج۲، کتاب اقرار ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۲، کتاب اقرار.
۳. سید محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۹، ص ۳۴۴ و ۳۴۵ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج نکاح، کتاب اقرار ـ سید علی طباطبایی، ریاض، کتاب اقرار.

نتوان فرزندی را به کسی نسبت داد و نسب تجزیه‌ناپذیر باشد، زندگی یا مرگ این شخص اثری در نفوذ اقرار ندارد.

۲. اقرار کننده نباید وارثی داشته باشد.[1] این شرط ناظر به صورتی است که احراز نسب مقرله مانع از ارث بردن آنان شود یا از میراثشان بکاهد، زیرا در چنین فرضی اقرار به زیان غیر است. ولی، هرگاه کسی با داشتن فرزند یا پدر و مادر اقرار به برادری دیگری کند، این اقرار زیانی به آنان نمی‌رساند و مانعی برای نفوذ نسبی آن وجود ندارد.[2]

با این که نویسندگان حقوقی و فقیهان به این شرط اشاره‌ای نکرده‌اند، به نظر می‌رسد که از نفوذ اقرار نبایستی به حق وارث مقرله نیز خللی برسد. زیرا، آثار نسب، همان گونه که دامنگیر وارثان مقر می‌شود، ممکن است حق ورثهٔ مقرله را نیز از بین ببرد.

به اضافه، چون نفوذ اقرار منوط به تصدیق مقرله است، این تصدیق نیز از نظر تحلیلی اقرار دیگری است که اثر اقرار نخست را تکمیل می‌کند. پس، اگر اقرار نخست در صورتی نافذ باشد که به حقوق ورثهٔ مقر صدمه نرساند، منطق ایجاب می‌کند که نفوذ تصدیق مقرله نیز منوط به همین شرط باشد.

۳۸۲. حکم خاص اقرار به فرزندی:

شرایط تحقق نسب، چنان که در مباحث پیشین آمد، به خصوصی‌ترین روابط زن و شوهر ارتباط دارد. احراز وقایعی در این زمینه مطرح می‌شود که، جز پدر و مادر، هیچ کس به طور معمول آن را نمی‌داند و راهی به کشف حقیقت ندارد. دشواری اثبات نزدیکی و حمل باعث شده است که قانونگذار با تمهید امارهٔ فراش به ظواهر امور اعتماد کند و آنها را کاشف از واقع بداند. ولی، این اماره نیز همیشه به واقع نمی‌رسد و گاه نیز وسیلهٔ کتمان حقیقت قرار می‌گیرد. از سوی دیگر، در مسألهٔ مشروع بودن طفل، ذینفع

۱. صاحب شرایع در این باره می‌نویسد: «لوکان له ورثة مشهورون لم يقبل اقراره في النسب» و صاحب جواهر در توجیه می‌افزاید: «لكونه حينئذ اقراراً في حق الغير، ضرورة كون الارث حقاً لغيره، وليس من حقوق نفسه حتى يكون مقتضى الاقرار بثبوتها عليه...»(ج ۵ ص ۱۵۸).

۲. رجوع شود به همان کتابها ـ همچنین رجوع شود به، مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۶ ص ۴۶ و ۴۷.

اصلی پدر و مادر او هستند و آنان بایستی دربارهٔ وفادار ماندن به یکدیگر و نتیجهٔ روابط جنسی خود تصمیم بگیرند. بنابراین، منطقی است که اقرار پدر نسب طفل را محقق سازد و خویشان دورتر نیز ملزم به آن شوند.

در مورد سایر خویشان، شاید با اندک مسامحه بتوان اثر نسبی اقرار را پذیرفت. ولی، هر جایی که پدر و مادر طفلی به مشروع بودن نسب او اعتراف دارند (یا در موردی که فرزند به سن رشد رسیده است و خود او نیز درستی اقرار را تصدیق دارد)، نباید چنین اقراری را نسبی شمرد و خویشان دورتر را در انکار نسب آزاد دانست. سابقهٔ تاریخی قانون مدنی در فقه نیز چنین است و نویسندگان به اتفاق اثر اقرار به فرزندی را در بارهٔ همه مؤثر شناخته‌اند.

ج : دعوای نفی یا انکار ولد

۳۸۳. دعوای نفی ولد و لعان:

هرگاه مردی که بر طبق امارهٔ فراش پدر کودکی به شمار می‌آید بخواهد انتساب آن کودک را به خود نفی کند، باید خلاف امارهٔ قانونی را در دادگاه اثبات کند یا به لعان متوسل شود.

لعان در صورتی امکان دارد که زن زنده باشد و ادعا کند که طفل از آن شوهر است. این سوگند مذهبی، که تشریفات ادای آن در موانع نکاح گفته شد، به خودی خود باعث از بین رفتن نسبت بین پدر وطفل می‌شود و شوهری که از این راه به نفی ولد می‌پردازد نیازی به اقامهٔ دعوا و آوردن دلیل دیگر ندارد. در واقع، باید گفت لعان نسب را به کلی نفی نمی‌کند ولی آثار آن را در روابط بین پدر و فرزند از بین می‌برد. به همین جهت **«فرزند مزبور از مادر و خویشان مادری خود، همچنین مادر و خویشان مادری از او ارث می‌برند (مادهٔ ۸۸۲ ق.م.).** و **«هرگاه پدر بعد از لعان رجوع کند پسر از او ارث می‌برد لیکن از ارحام پدر و همچنین پدر و ارحام پدری از پسر ارث نمی‌برند».**

بدین ترتیب، دعوای نفی یا انکار ولد را با لعان نباید اشتباه کرد: دعوای نفی ولد، اگر

ثابت شود، کودک را به طور قاطع بیگانه از پدر اعلام می‌کندو اعتبار حکمی که در این باره صادر می‌شود مانع از آنست که پدر بتواند از ادعای خود دست بردارد و به نسب اقرار کند. چنین فرزندی، جز در مورد نادر، از طرف مادر نیز نسب مشروع ندارد و در زمرهٔ اطفال طبیعی است.

با وجود این، گاه به لعان نیز دعوای نفی ولد گفته می‌شود، به این اعتبار که شوهر کودکی را که به ظاهر از آن اوست انکار می‌کند و اثر امارهٔ فراش را با ادای سوگند از بین می‌برد. بنابراین، اقرار به نسب فرزند امکان توسل به لعان را نیز منتفی می‌سازد (مادهٔ ۱۱۶۱ ق.م.) و بعد از دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل نیز امکان اجرای آن از بین می‌رود (مادهٔ ۱۱۶۲).

۳۸۴. اقسام این دعوا:

دعاوی نفی ولد به اعتبار موضوع آن به سه گروه عمده تقسیم می‌شود:

۱. دعاوی که ناظر به تحقق نیافتن شرایط امارهٔ فراش است: مانند این‌که ادعا شود پدر و مادر طفل زن و شوهر نبوده‌اند، یا طفل در زمان زوجیت به دنیا نیامده است، یا از تاریخ نزدیکی تا تولد طفل بیش از ده ماه یا کمتر از شش ماه فاصله بوده است.

۲. دعاوی که برای اثبات خلاف امارهٔ فراش اقامه می‌شود: یعنی نسب طفلی مورد بحث قرار می‌گیرد که در زمان زوجیت به دنیا آمده و فاصلهٔ تولد او تا نزدیکی زن و شوهر نیز کمتر از شش ماه و بیش از ده ماه نیست.

۳. دعاوی که ناظر به هویت طفل و نسب مادری او است: مانند این که مادری ادعا می‌کند که فرزند واقعی او را در بیمارستان با کودک دیگر عوض کرده‌اند و با طفلی که به او سپرده‌اند بیگانه است، یا ادعا می‌شود که متصرف شناسنامه صاحب واقعی آن نیست، یا فرزندی را که مدعی است در خانواده‌ای به دنیا آمده و دارای نسب مشروع است زن نزاده و مادرش دیگری است.

گروه سوم نیز در واقع بخشی از دعاوی است که به منظور اثبات تحقق نیافتن امارهٔ فراش اقامه می‌شود و هدف از آنها نمودن چهرهٔ واقعی نسب مادری و در نتیجه خراب

کردن بنیاد قاعدهٔ فراش است. پس، می‌توان ادعا کرد که تمام دعاوی مربوط به انکار نسب یا برای اثبات این نکته است که شرایط امارهٔ فراش فراهم نیامده یا برای نمودن این است که واقعیت بر خلاف ظاهری است که از این اماره به دست می‌آید[1].

دعوای انکار یا نفی ولد به معنی خاص خود، به موردی گفته می‌شود که مفاد ادعا نادرست بودن امارهٔ فراش باشد. زیرا، تنها در صورت جمع بودن شرایط این اماره است که قانون طفلی را فرزند مردی می‌شناسد و او ناچار است این انتساب را با اقامهٔ دعوا نفی کند.

در سایر دعاوی، در مرحلهٔ نخست نسب مادری و ارتباط میان ازدواج و نسب پدری مورد گفتگو قرار می‌گیرد و نتیجهٔ آن به طور غیر مستقیم منتفی شدن انتساب طفل به پدر است و به همین اعتبار نیز در زمرهٔ دعاوی نفی ولد، به معنی عام آن، در می‌آید. برای مثال، اگر مردی ادعا کند طفلی را که در شناسنامه فرزندش نامیده شده زن او نزاده است یا هیچ‌گاه شوهر مادر طفل نبوده است یا تاریخ تولد یازده ماه پس از انحلال ازدواج مادر طفل با او است، چنین ادعایی به طور مستقیم ناظر به اصل نکاح با مادر طفل و تاریخ ولادت و هویت او است و اثبات آن پدر را از دعوای نفی ولد به معنی خاص بی‌نیاز می‌کند.

با این که قانون مدنی دعاوی نفی ولد را، به گونه‌ای که تحلیل شد، تقسیم نکرده است، ولی نشانه‌هایی وجود دارد که در انشای مواد ۱۱۶۱ تا ۱۱۶۳ نظر به معنی خاص این دعوا (اثبات نادرستی امارهٔ فراش) داشته است. دلایل این ادعا را در مطالب آینده خواهیم دید.

۳۸۵. چه کسی می‌تواند مدعی نفی ولد شود؟

قانون مدنی پاسخ روشنی به این پرسش نمی‌دهد. زیرا، مواد ۱۱۶۱ تا ۱۱۶۴ تنها ناظر به ادعای نفی ولد از جانب شوهر است و چنان تنظیم یافته که گویی در نظر نویسندگان قانون مدنی مدعی دیگر در این باره تصور نمی‌شود. ولی از سوی دیگر، هیچ

۱. مارتی و رینو، ج ۱، بخش دوم، اشخاص، چاپ دوم، ش ۱۵۵.

منعی برای پذیرفتن دعوای سایر کسانی که نفعی در اثبات نادرست بودن نسب احساس می‌کنند وجود ندارد.

همین وضع سبب شده است که نویسندگان حقوقی بر این نظر متمایل شوند که دعوای نفی نسب از طرف تمام کسانی که نفعی در این زمینه دارند پذیرفته است.[1] ولی، پذیرفتن این نظر دشوار می‌نماید و نتایجی به بار می‌آورد که باید به گونه‌ای از آن پرهیز کرد:

۱. گفته شد که در فقه امامیه، همین که شرایط امارهٔ فراش تحقق یافت، تنها از راه لعان می‌توان نفی ولد کرد و استفادهٔ از این راه نیز در انحصار شوهر است (ش ۳۶۹).

در حقوق فرانسه نیز، پیش از اصلاحات ۱۹۷۲، دعوای نفی ولد فرزندی که شرایط امارهٔ فراش در بارهٔ او محقق شده بود، در انحصار شوهر قرار داشت که در پاره‌ای موارد محدود و با دلایل خاص می‌توانست خلاف اماره را اثبات کند. منتها، وارثان شوهر نیز که در نتیجهٔ اثبات نسب از ارث محروم می‌شدند، اگر مرگ او پیش از پایان مهلت اقامهٔ دعوا رخ می‌داد، حق داشتند ظرف همان مهلت نفی ولد کنند (مادهٔ ۳۱۷) و رویهٔ قضایی، در جایی که شوهر دعوا را اقامه کرده بود و در خلال آن فوت می‌کرد، وارثان را جانشین متوفی می‌دانست[2].

قانون ۱۹۷۲ محدودیت مربوط به دلایل و موارد امکان نفی ولد برای شوهر را از بین برد (بند ۲ مادهٔ ۳۱۲) و به مادر نیز در پاره‌ای موارد حق داده شد که به نسب فرزند اعتراض کند.[3] بدین ترتیب، هنوز هم دعوای نفی نسب در انحصار پدر و مادر است و دیگران نمی‌توانند در این زمینه ادعایی طرح کنند.

نویسندگان قانون مدنی در مواد ۱۱۵۸ به بعد به طور صریح طرح دعوای نفی ولد را ویژهٔ شوهر نساخته‌اند، ولی هرجا که سخن از اقامهٔ دعوا و مهلت آن و اثر اقرار به میان آمده است احکام قانون ناظر به شوهر است (مواد ۱۱۶۱ و ۱۱۶۳) و این امر، با توجه به

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۱۷۰.
۲. مارتی و رینو، ج ۱، بخش ۲، اشخاص، ش ۱۶۷.
۳. ویل، اشخاص و خانواده و حجر، ش ۵۲۳ به بعد.

سابقهٔ تاریخی این دعوا در حقوق ما و قواعدی که به طور معمول الهام‌بخش نویسندگان قانون مدنی بوده است، قرینه بر این است که آنان نیز اثبات خلاف امارهٔ فراش را با شوهر می‌دانسته‌اند.

این قرینه را لحن مواد ۱۱۶۲ و ۱۱۶۳ نیز تأیید می‌کند. قانونگذار، با این که به امکان طرح دعوای نفی ولد در مورد قبل (جایی که شرایط تحقق امارهٔ فراش جمع است) توجه دارد، مهلت اقامهٔ دعوا را با ملاحظهٔ تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل معین می‌کند و این امر به خوبی می‌رساند که در این دعوا مدعی تنها شوهر است، وگرنه، آیا معقول است که دعوای نفی ولد از جانب شوهر، که در چنین نزاعی ذینفع اصلی است، پس از دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن از تولد طفل در دادگاه پذیرفته نشود، ولی برادر یا پسر عموی طفل بتواند هرگاه بخواهد دعوا را آغاز کند.

ممکن است گفته شود که دعوای نفی ولد ویژهٔ شوهر نیست، ولی اقامهٔ دعوا بعد از دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل از همه ساقط می‌شود. ولی، این احتمال از آنچه گفته شد ضعیف‌تر به نظر می‌رسد.

از اینها گذشته، اصطلاح «نفی ولد» خود می‌رساند که مدعی آن به انحصار باید پدری باشد که فرزند به او منسوب است. دعوای سایرین را باید اختلاف در نسب نامید نه نفی ولد.

زیرا، برادری که نسبت خود را با فرزند پدر نفی می‌کند، در واقع برادری را منکر می‌شود. کسی که خواندهٔ دعوا در برابر او «ولد» نامیده می‌شود می‌تواند «نفی ولد» کندو این شخص جز پدر کسی نیست. نویسندگان قانون مدنی نیز به دلیل بدیهی بودن این امر ضرورتی ندیده‌اند که تصریح کنند دعوای «نفی ولد» را تنها پدر اقامه می‌کند.

۲. اختصاص یافتن دعوای نفی ولد به شوهر بدین معنی نیست که انکار و قبول فرزند از حقوق شوهر باشد.[1] آبستنی و بچه‌دار شدن از اموری است که به دشواری می‌توان دلایل خارجی برای اثبات ونفی آن اقامه کرد. در این گونه دعاوی، از خصوصی‌ترین روابط زن و شوهر بحث می‌شود. حقیقت را در بارهٔ مبانی نسب تنها خود آنان می‌دانند و

۱. برای دیدن این عقیده، رجوع شود به کاربونیه، ج ۱، ص ۵۰۲

به همین دلیل است که قانونگذاران در پی تمهید امارهٔ فراش برآمده‌اند.

از اینها گذشته، هر اندازه که در بارهٔ اجتماعی شدن حقوق مبالغه شود، باز هم نمی‌توان عواطف انسانی را از یاد برد و ادعا کرد که در رابطهٔ پدر و فرزند و زن و شوهر جامعه نیز به اندازهٔ خود ایشان نفع دارد. پس، منطقی است که انکار فرزندی را که قانون بر حسب ظاهر (امارهٔ فراش) منسوب به شخص می‌داند، تنها از او شنیده شود و کسی از خارج نتواند در عفاف زن خانواده و مشروع بودن فرزندی که به دنیا آورده است تردید کند.

این محدودیت، نه تنها به پرده‌دری‌های ناگواری که بر سر تملک میراث متوفی رخ می‌دهد پایان می‌بخشد، با مصلحت مربوط به حمایت از کودکان خانواده سازگارتر می‌نماید.[1]

آنچه گفته شد ناظر به دعوای نفی ولد، به معنی خاص آن، یعنی اثبات خلاف امارهٔ فراش، است. در موردی که به طور غیر مستقیم مشروع بودن نسب طفلی انکار می‌شود، در واقع دعوا ناظر به این است که بر خلاف آنچه نمودار است، شرایط امارهٔ فراش تحقق نیافته و قانون طفل را منسوب به پدر ظاهری نمی‌کند: چنان‌که ادعا می‌شود که کودک را زن او نزاده یا تاریخ زایمان زودتر از شش ماه از زمان زوجیت است یا دورتر از ده ماه از تاریخ انحلال نکاح قرار دارد.

قانون مدنی به این گونه دعاوی نظر ندارد. زیرا، اقرار صریح یا ضمنی شوهر بر نسب، که مبنای مواد ۱۱۶۱ به بعد است، در مورد چنین نسبی پذیرفته نمی‌شود (مادهٔ ۱۲۷۳ ق.م). به اضافه، در فقه و قانون مدنی فرانسه نیز که دو نمونهٔ مورد تقلید نویسندگان آن قانون بوده است، این دعاوی نه ویژهٔ شوهر است و نه در مدتی کوتاه (دو ماه در قانون مدنی) ساقط می‌شود. کلمات «در مورد مواد قبل» در آغاز دو مادهٔ ۱۱۶۱ و ۱۱۶۲ نیز این استنباط را تأیید می‌کند، زیرا مواد پیش از آنها (۱۱۵۸ تا ۱۱۶۱) در بارهٔ قاعدهٔ فراش و توابع آن است. پس، اشاره به آنها کنایه از این است که دعوای نفی ولد مقرر در قانون مدنی ناظر به موردی است که مدعی بخواهد خلاف امارهٔ فراش را اثبات کند.

۱. کولن و کاپیتان ولاموراندیر، ج ۱، ش ۱۲۸۵

از آنچه گفته شد نتیجه می‌شود که:

الف. در موردی که دعوا ناظر به اثبات محقق نشدن امارهٔ فراش است، هر کس نفع مشروعی داشته باشد می‌تواند آن را اقامه کند.

برای مثال، هرگاه زن و مردی طفلی را به فرزندی بپذیرند و در شناسنامه خود را پدر و مادر او معرفی کنند، برادران شوهر، هنگام اعتراض به درخواست انحصار وراثت یا ضمن دعوای مطالبهٔ سهم ارث می‌توانند این نکته را در دادگاه عنوان و اثبات کنند.

همچنین، اگر شناسنامهٔ کودکی که بعد از یک سال از تاریخ انحلال نکاح پیشین مردی به دنیا آمده است به نام او صادر شود، زن جدید یا فرزندان متولد از او حق دارند بر این امر اعتراض کنند و با اثبات تاریخ تولد طفل نسب مشروع او را به پدر خود منتفی سازند.

ب. در موردی که دعوا راجع به نفی کودکی است که به حکم قانون به مردی منسوب می‌شود، تنها شوهر می‌تواند درستی این انتساب را منکر شودو، برای مثال، با استناد به تجزیهٔ خون و گواهی شهود، ثابت کند که همسر او با دیگران ارتباط نامشروع داشته و کودکی که درزمان زوجیت به دنیا آورده است به او تعلق ندارد. اقرار شوهر به ابوت چنین فرزندی در برابر همهٔ کسانی که نفعی در این باره دارند قابل استناد است و برادر او نمی‌تواند نسبت زنا به همسر برادر یا مادر طفل دهد.

با وجود این، هر جایی که شوهر دعوای نفی ولد را طرح کرده و پیش از اثبات آن فوت کرده است، می‌توان وارثان او را جانشین متوفی شناخت و به آنان اجازه داد که ادعای مورث را تعقیب کنند. همچنین، در موردی که شخصی به منظور اثبات نسب مشروع طفل به خود اقامهٔ دعوا می‌کند، ممکن است اثبات ادعای او منجر به نفی ولد شود، ولی این نتیجهٔ تبعی و غیر مستقیم نباید مانع از دعوا گردد:

برای مثال، در مواردی که الحاق طفل به شوهر سابق و کنونی مادر امکان دارد، بر طبق مادهٔ ۱۱۶۰ قانون مدنی طفل ملحق به شوهر دوم می‌شود. حال، اگر شوهر اول دلایلی بیاورد که نسب طفل را نفی و الحاق آن را به خود اثبات کند، نباید، بدین بهانه که دعوای نفی ولد و اثبات امارهٔ فراش به شوهر اختصاص دارد، از پذیرفتن دعوا امتناع کرد. زیرا، هر کس می‌تواند برای اثبات نسب به دادگاه رجوع کند. خواستهٔ دعوا نیز در

فرض ما اثبات نسب است. پس، باید پذیرفته شود، هر چند که نفی نسب دیگری نیز از آن نتیجه شود.

مثال دیگر: فرض کنیم مرد بیگانه‌ای با زن شوهردار به شبهه نزدیکی کند و برای اثبات چنین نسبی اقامهٔ دعوا شود: در چنین فرضی، اگر ادعا ثابت شود، الحاق طفل متولد در زمان زوجیت از شوهر نفی می‌گردد. ولی، چون خواستهٔ مستقیم مدعی اثبات نسب است، نباید در امکان شنیدن دعوا تردید کرد (ش ۳۶۷). اما، هرگاه نزدیکی بیگانه با زن شوهردار زنا محسوب شود، دعوای اثبات نسب و در نتیجه نفی ولد از شوهر هیچ گاه شنیده نخواهد شد، زیرا «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود» (مادهٔ ۱۱۶۷ ق.م).

بر عکس، هرگاه زوج غایب یا محجور باشد، نمی‌توان امین یا ولی و قیم را در این دعوا جانشین او قرار داد. زیرا، این اشخاص مأمور ادارهٔ اموال غایب و مولی علیه هستند و در امور غیر مالی نمی‌توانند به جای او تصمیم بگیرند. نفی ولد، از امور غیر مالی است که تصمیم گرفتن در بارهٔ آن به شخص شوهر واگذار شده است (مواد ۱۱۸۳ و ۱۲۱۷ ق.م. و مادهٔ ۱۳۰ قانون امور حسبی)[1]

۳۸۶. دعوای نفی ولد به طرفیت چه کسی اقامه می‌شود؟

در دعوای نفی ولد دو مدعی‌علیه اصلی وجود دارد:

۱. فرزندی که ادعای طرد آن از خانواده می‌شود؛

۲. مادر کودکی که نفی می‌شود.

لزوم طرح دعوا به طرفیت فرزند واضح است، زیرا هدف این است که او وضع مدنی خویش را از دست بدهد. پس، ناچار باید به او امکان داد که از حق خویش دفاع کند. ولی، هرگاه فرزند صغیر یا دیوانه باشد، شوهر را که مدعی است و تا اثبات دعوا ولی

۱. پلنیول وریپر، ج۲، خانواده به وسیله رواست (Rouast)، ش ۷۸۶ ـ کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج۱، ش ۱۲۸۶. در فقه نیز لعان ویژهٔ شوهر است، وولی نمی‌تواند به قائم مقامی محجور در این امر اقدامی کند (جواهر الکلام، ج نکاح، کتاب لعان).

قهری طفل محسوب می‌شود نمی‌توان نمایندهٔ او شمرد .زیرا، در چنین مواردی که تعارض منفعت بین نماینده و اصیل ایجاد می‌شود، نیابت قهری از بین می‌رود و سمت مدعی و مدعی علیه در یک شخص جمع نمی‌شود.

درست است که، از لحاظ نظری، شوهر می‌تواند به اصالت از طرف خود مدعی و به نیابت از جانب فرزند مدعی علیه باشد؛ ولی، چنان‌که اشاره شد، در مقام تعارض منافع، باید نیابت را قطع شده دانست، زیرا همیشه بیم پایمال شدن حقوق محجور وجود دارد و هیچ‌کس نمی‌تواند در مقام نیابت آنچه را که ادعا دارد منکر شود. پس، چاره در این است که برای محجور قیم اتفاقی معین شود تا دفاع از دعوا را به عهده گیرد (قانون راجع به تعیین قیم اتفاقی مصوب ۱۳۱۶ و مادهٔ ۱۲۵۰ ق.م).

در صورت فوت فرزند پیش از تقدیم دادخواست، دعوا به طرفیت وارثان او طرح می‌شود، زیرا انکار نسب فرزند به طور مستقیم به زیان آنان است: به همین ترتیب، هرگاه مدعی‌علیه (فرزند) در جریان دادرسی فوت کند، وارثان متوفی به جانشینی او دعوت می‌شوند (مادهٔ ۱۰۵ ق.آ.د.م).

مادر نیز باید طرف دعوا قرار گیرد. زیرا، نه تنها اثبات ادعای شوهر او را از میراث فرزند و حق حضانت محروم می‌سازد، در بیشتر موارد نسبت بی‌وفایی به شوهر و بی‌عفتی به او داده می‌شود. رسیدگی به این امور، که به عنوان مقدمهٔ دعوای نفی ولد در دادگاه مطرح است، به طور طبیعی باید در برابر زن اثبات شود و همین نکته لزوم شرکت او را در دادرسی محرز می‌کند.

ولی، آنچه شرکت مادر را در دادرسی ایجاب می‌کند مربوط به شخص او است. وراث مادر، تنها به طور غیر مستقیم و در موارد میراثی که احتمال دارد به آنان برسد، از صدور حکم متأثر می‌شوند و این اندازه از نفع برای اثبات لزوم طرح دعوا به طرفیت آنان کافی نیست[1].

۳۸۷. دلایل اثبات دعوا:

۱. پلنیول و ریپر، همان کتاب، ش ۷۹۰، پاورقی ش ۲ ـ دادگاه پاریس، ۱۴ نوامبر ۱۹۲۳، سیری، ۱۹۲۴، ۲، ۳۸.

در حقوق ما، برای اثبات این امر که شوهر پدر فرزندی که در زمان زوجیت به دنیا آمده نیست، هیچ دلیل و سبب خاصی لازم نیست. شوهر می‌تواند از تمام دلایل و قراین در این باره استفاده کند و محدودیتی ندارد.[1]

تنها نکته‌ای را که باید تصریح کرد این است که، در نتیجهٔ ایجاد ظن در بارهٔ انتساب طفل به دیگری و به یاری حساب احتمال‌ها، نمی‌توان نسبی را که، بر مبنای امارهٔ فراش، مشروع شناخته شده است انکار کرد:

برای مثال، نمی‌توان گفت، چون بر حسب قراین و دلایل احتمال این که فرزند متولد در زمان زوجیت متعلق به شوهر نباشد، به مراتب بیشتر است، باید دعوای انکار ولد پذیرفته شود.

در این دعوا، ظن قوی اعتبار ندارد و برای دگرگون ساختن وضع مدنی کودک باید به قطع و یقین رسید؛ چنان‌که مادهٔ ۱۱۶۰ قانون مدنی، در یکی از بی‌اهمیت‌ترین موارد اثبات خلاف امارهٔ فراش (موردی که اختلاف در بارهٔ انتساب طفل به شوهر سابق و کنونی مادر است) مقرر می‌دارد که: «... **طفل ملحق به شوهر دوم است، مگر آن که امارات قطعیه بر خلاف آن دلالت کند**». پس، در موردی که شوهر با انکار فرزند یا منسوب ساختن او به بیگانه وضع مادر و فرزند را به خطر می‌اندازد، به طریق اولی باید به ظن و احتمال اعتماد نکرد و، جز در مورد یقین، نفی نسب را نپذیرفت.[2]

یکی از دلایلی که به طور معمول می‌تواند چنین یقینی به وجود آورد، تجزیهٔ خون فرزند و پدر و مادر او است. اشکال مهمی که در این گونه دادرسی‌ها ممکن است پیش آید امتناع مادر و گاه فرزند از دادن خون است. در این کاوش علمی، هیچ دلیل قاطعی

۱. در حقوق فرانسه، پیش از اصلاح قانون مدنی در ۱۹۷۲، شوهر تنها در موردی که آبستنی و تولد طفل از او پنهان نگاه داشته می‌شد از این آزادی برخوردار بود، ولی اصلاحات ۱۹۷۲ این محدودیت را از بین برد (مادهٔ ۳۱۲) و حقوق کنونی فرانسه از این حیث به ایران شباهت دارد (ویل، همان کتاب، ش ۵۰۷).

۲. در کامن لا نیز عقیدهٔ عموم بر این است که خلاف امارهٔ فراش تنها در صورتی که هیچ شبههٔ معقولی وجود نداشته باشد اثبات می‌شود، ولی مادهٔ ۲۶ قانون اصلاحی خانواده مصوب ۱۹۶۹ در انگلستان مقرر می‌دارد که با هر دلیل که تعادل درجهٔ احتمال را بر خلاف امارهٔ فراش بر هم زند می‌توان مشروع بودن طفل را انکار کرد (بروملی، همان کتاب، ص ۷۸۳).

برای اثبات نسب طفل و درستی گفتار مادر به دست نمی‌آید. ولی، بر عکس احتمال دارد ثابت شود که کودک از آن شوهر نیست. پس ، آزمایش خون تنها به زیان طفل و مادر است و هیچ گاه از آن طرفی نمی‌بندند و طبیعی است که از چنین اقدامی استقبال نکنند.

در دعاوی مدنی، دادگاه نمی‌تواند طرف دعوا را به دادن خون اجبار کند، زیرا سوراخ کردن رگ نیز مانند سایر اعمال جراحی جز به رضای شخص یا حکم قانون امکان ندارد و منافی با حقوق مربوط به شخصیت است. پس، چه باید کرد؟

قانونگذار ما چاره‌ای برای رفع این اشکال نیندیشیده است. ولی، مادهٔ ۲۰ قانون اصلاحی خانواده در انگلستان مصوب ۱۹۶۹ به دادگاه اجازه می‌دهد که در کلیهٔ دعاوی مربوط به اثبات نسب پدری دستور آزمایش خون بدهد. هدف از این آزمایش باید دانستن این نکته باشد که آیا مدعی علیه می‌تواند پدر طفلی که نسب او مورد گفتگو است باشد یا نه؟[1]

رویّه قضایی نیز در این باره روشن نیست، ولی به نظر می‌رسد که دادگاه می‌تواند، به استناد ملاک مادهٔ ۲۰۹ قانون آیین دادرسی مدنی، امتناع از دادن خون را، به ویژه در موردی که احتمال بروز هیچ خطری برای مدعی علیه وجود ندارد، از جمله قراین درستی ادعا به شمار آورد. به موجب این ماده: «هرگاه سند معینی که مدرک ادعا یا اظهار یکی از طرفین است نزد طرف دیگر باشد، باید آن سند ابراز شود. هرگاه طرف مقابل به‌وجود سند نزد خود اعتراف کند ولی از ابراز آن امتناع نماید، دادگاه می‌تواند آن را از جمله دلایل مثبته بداند». ملاک مادهٔ ۲۲۴ ق.آ.د.م. در مورد امتناع از استکتاب نیز همین نتیجه را به دست می‌دهد، در آن آمده است: «... عدم حضور یا امتناع او از کتابت یا زدن انگشت یا تصدیق مهر می‌تواند قرینهٔ صحت سند تلقی شود».

۳۸۸. دادگاه صالح و آیین دادرسی :

به موجب بند ۸ از مادهٔ واحدهٔ قانون تشکیل دادگاه خانواده مصوب ۷۶/۵/۸، رسیدگی به دعاوی راجع به نسب در صلاحیت ویژهٔ دادگاه خانواده است و، چون از

۱. بروملی، همان کتاب، ص ۲۸۶ به بعد.

امور مربوط به احوال شخصی است، هیچ گاه در دادگاه جزا مطرح نمی‌شود.[۱] بر طبق تبصرهٔ مادهٔ ۳ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص:[۲] «هرگاه در ضمن اعتراض به تقاضای انحصار وراثت دعوای نسب بشود، دادگاه بخش هر دو پرونده را به دادگاه شهرستان می‌فرستد و دادگاه مزبور به تقاضای انحصار وراثت و دعوای نسب رسیدگی کرده حکم صادر خواهد نمود». حکم این تبصره منطقی است. پس، باید پذیرفت که طرح دعوای نسب در رسیدگی به حصر وراثت، موجب می‌شود تا هر دو از دادگاه عمومی به دادگاه خانواده فرستاده شود.

این دعاوی در دادگاه محل اقامت خوانده مطرح می‌شود(مادهٔ ۱۱ ق.آ.د.م). بنابراین، دعوای نفی ولد باید در دادگاه مدنی خاص محل اقامت فرزند مطرح شود.[۳] ولی، چون گفته شد که مادر نیز در این دعوا باید خوانده واقع شود، هرگاه مادر و طفلی که انتساب آن به شوهر مورد انکار واقع شده است در دو محل مختلف اقامت داشته باشند، مدعی می‌تواند در یکی از این دو دادگاه طرح دعوا کند (مادهٔ ۱۶ همان قانون).

در دعاوی نسب، دادگاه پای‌بند به تشریفات خاص نمی‌شود و می‌تواند هرگونه تحقیقی را که در این باره لازم می‌داند انجام دهد. به زودی خواهیم دید اثر حکم به نفی و اثبات نسب را، به اعتبار طبیعت موضوع آن، نمی‌توان محدود به اصحاب دعوا کرد (ش ۳۸۹). پس، چه بهتر که دادگاه بتواند با آزادی بیشتر در پی کشف واقع باشد و خود را محدود به دلایل دو طرف نسازد.

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش دوم، خانواده، ش ۹۰۵.
۲. الحاق شده به موجب لایحهٔ قانونی مصوب اول مرداد ماه ۱۳۳۴.
۳. اختلاف شده است که اگر فرزند صغیر باشد اقامتگاه او را باید محل اقامت قیم اتفاقی دانست یا محل اقامت مدعی (که پیش از ثبوت دعوا پدر او محسوب می‌شود). بعضی از دادگاههای فرانسه اقامتگاه قیم را اقامتگاه صغیر دانسته‌اند. ولی، همان گونه که پاره‌ای از استادان تأیید کرده‌اند (پلنیول وریپر، ج ۲، به‌وسیلهٔ رواست، ش ۷۹۱)، قیم اتفاقی فقط نمایندگی محدود برای دفاع از دعوا دارد و تا زمانی که دعوای نفی ولد اثبات نشده است، ولایت پدر ساقط نمی‌شود و اقامتگاه صغیر همان اقامتگاه ولی است (مادهٔ ۱۰۰۶ ق.م).

۳۸۹. اثر حکم مربوط به نفی نسب:

در مواردی که دعوای مربوط به نفی نسب ویژهٔ شوهر نیست و هر کس نفعی دارد می‌تواند آن را طرح کند، حکم مربوط به نفی نسب از اعتبار امر مختوم به طور نسبی برخوردار است: یعنی، همان کسانی در دعوا شرکت داشته‌اند و قائم مقام آنان دیگر نمی‌توانند در آن باره دعوا طرح کنند، ولی دعوا از سایر اشخاص ذینفع پذیرفته می‌شود.

بنابراین، اگر یکی از برادران متوفی در برابر کسی که در شناسنامه فرزند برادر او معرفی شده است بدین عنوان که بچهٔ سرراهی است اقامهٔ دعوا کند و محکوم شود، این حکم مانع از آن نیست که برادر دیگر نیز به نسب او اعتراض کند. منتها، چون وضع مدنی شخص تجزیه‌ناپذیر است، کسانی که در دادرسی شرکت نداشته‌اند نمی‌توانند ادعا کنند که حکم در بارهٔ آنان هیچ اثری ندارد و اثر آن نسبی است. حکمی که فرزندی را به پدری منسوب می‌کند، مانند احکام راجع به زوجیت و ولایت، در بارهٔ همه قابل استناد است، لیکن آنان که در دادرسی شرکت نداشته‌اند حق دارند به عنوان ثالث بر آن اعتراض کنند.[1]

ولی، در مورد نفی ولد به معنی خاص، که اقامهٔ دعوا ویژهٔ شوهر است، هر حکمی در این باره صادر شود از اعتبار مطلق برخوردار است و موضوع در برابر همه از اعتبار امر مختوم بهره می‌برد: در صورتی که حکم به زیان شوهر صادر شود، در اثر امارهٔ فراش که دیگر مصون از اعتراض باقی می‌ماند، وضع مدنی طفل در برابر همه تثبیت می‌گردد. لیکن، در موردی که حکم به سود شوهر صادر می‌شود، نسب خوانده در برابر همهٔ مردم نامشروع است و هیچ کس حق اعتراض بر حکم را ندارد. زیرا، از این که قانون امکان طرح دعوا را در انحصار شوهر قرار داده است، چنین بر می‌آید که به او اجازه داده است که با اثبات ادعای خود در دادگاه بتواند موقعیت حقوقی جدیدی را جانشین موقعیت ناشی از امارهٔ فراش سازد.[2]

۱. ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، ش ۱۴۳ به بعد.

۲. پلنیول و ریپر و رواست، همان کتاب، ش ۷۵۸ ـ کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۱۲۸۹ ـ مازو، ←

۳۹۰. مهلت اقامهٔ دعوا:

به موجب مادهٔ ۱۱۶۲ قانون مدنی: «**در مورد مواد قبل، دعوای نفی ولد باید در مدتی که عادتاً پس از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل برای امکان اقامهٔ دعوا کافی می‌باشد اقامه گردد و در هرحال دعوای مزبور پس از انقضای دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود**».

در مورد این ماده، که مبانی فقهی را با قانون مدنی فرانسه به هم آمیخته است، پرسش‌های گوناگونی مطرح می‌شود که پاسخ دادن به آنها، به دلیل اختلاط مبانی دو حقوق، دشوار است از جمله این که:

۱. مهلت اقامهٔ دعوا از چه تاریخی شروع می‌شود و مدت آن‌چه میزان است؟

۲. آیا مهلت دو ماه ویژهٔ دعاوی نفی ولد به معنی خاص است، یا در هر مورد که دعوای نفی ولد از طرف شوهر اقامه شود رعایت آن ضروری است؟

۳. آیا دعوای شوهر بعد از دو ماده شنیده نمی‌شود، یا این حکم در مورد اختلاف نسب بین خویشاوندان نیز قابل اجرا است؟

۴. آیا مدت دو ماه مرور زمان است یا اسقاط حق و احکام کدامیک از این دو مفهوم را باید رعایت کرد؟

۵. آیا گذشتن مهلت ممکن است در پاره‌ای موارد معلق شود یا امتیاز ناشی از آن ساقط شده به حساب آید، یا بعد از دو ماه در هر حال دعوا شنیده نمی‌شود؟

پرسش نخست را زیر عنوان آغاز و پایان مهلت و پرسش دوم و سوم را با عنوان «قلمرو اجرای مادهٔ ۱۱۶۲» و پرسش چهارم را با عنوان «ماهیت حقوقی مهلت» و پرسش پنجم را با عنوان «اسقاط و تعلیق مهلت» بررسی می‌کنیم:

۳۹۱. الف. آغاز و پایان مهلت:

برای فهم مادهٔ ۱۱۶۲ و شناسایی دلیل تدوین آن به مطالعهٔ تاریخی و تطبیقی

- دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش ۲، خانواده، ش ۹۰۶ ـ ویل، همان کتاب، ش ۵۱۷ ـ پلنیول و ریپر و ساواتیه، ج ۱، ش ۳۷ ـ مارتی ورینو، ج ۱، بخش ۲ خانواده، ش ۱۷۰ ـ ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۱۷۰۳.

مختصری نیاز داریم:

دیدیم که در فقه، همین که شرایط تحقق قاعدهٔ فراش جمع شود، نفی ولد جز از راه لعان و به وسیلهٔ شوهر امکان ندارد (ش ۳۶۹). همچنین، گفته شد که مشهور فقها سکوت شوهر را هنگام تولد طفل اقرار ضمنی به نسب دانسته‌اند و عقیده دارند دعوا باید به فوریت بعد از اطلاع از تولد طفل اقامه شود

مادهٔ ۳۱۶ قانون مدنی فرانسه، پیش از اصلاحات سال ۱۹۷۲، مهلت اقامهٔ دعوای نفی ولد را یک ماه از تاریخ تولد طفل مقرر می‌داشت، مگر این که شوهر قصد نفی ولد را به مادر ابلاغ می‌کرد، که از این تاریخ می‌توانست تا یک ماه دعوا را مطرح سازد (مادهٔ ۳۱۸). همچنین، قانون مدنی اضافه می‌کرد که، هرگاه شوهر هنگام تولد غایب باشد یا تولد را از او پنهان کرده باشند، می‌تواند ظرف دو ماه از تاریخ مراجعت یا کشف حیله‌ای که به کار رفته است برای نفی ولد اقامهٔ دعوا کند[1].

نویسندگان قانون مدنی، به تقلید از فقه، مهلت اقامهٔ دعوا را مدتی قرار داده‌اند که به حکم عادت پس از اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل برای امکان اقامهٔ دعوا کافی است: یعنی، همان چیزی که در فقه فوریت عرفی می‌نامند. ولی، در تعیین پایان این مهلت، از قانون مدنی فرانسه الهام گرفته و آن را دو ماه معین ساخته‌اند. بدین ترتیب، به موجب قانون مدنی باید بین این دو فرض تفاوت گذارد:

۱. پیش از گذشتن دو ماه از تاریخ اطلاع شوهر از ولادت طفل: در این دوران، برای صدور قرار عدم استماع دعوا، باید احراز شود که شوهر در نخستین فرصت عرفی اقدام به اقامهٔ دعوا نکرده است.

دادرس در بارهٔ تمیز مدتی که به حکم عادت برای اندیشیدن و تهیهٔ مقدمات اقامهٔ دعوا لازم است اختیار کامل دارد و هیچ قاعده‌ای آزادی او را در توجه به اوضاع و احوال کار محدود نمی‌سازد.

دادگاه برای احراز تاریخی که پدر از تولد طفل آگاه شده است و مهلتی که در آن

۱. پلنیول و ریپر و رواست، همان کتاب، ش ۷۹۲ ـ ولی مادهٔ ۳۱۶ اصلاح شده، این مهلت را در تمام موارد شش ماه معین کرده است که از تاریخ اطلاع از تولد طفل شروع می‌شود (دالوز، قانون مدنی ۷۶ ـ ۱۹۷۵).

شرایط برای اقامهٔ دعوا ضرورت دارد، می‌تواند به همهٔ امارات و دلایلی که ابراز می‌شود توجه کند. اثبات این دو عامل به عهدهٔ خواندهٔ دعوا است که در مقام دفاع ایراد می‌کند که مهلت قانونی به سر آمده و دادگاه باید از شنیدن دعوای شوهر امتناع ورزد.[1] با وجود این، هرگاه شوهر برای توجیه تأخیر خود از مهلت عرفی به وقایعی استناد کند، باید برای اثبات وقوع آنها دلیل بیاورد.

فرض کنیم که شوهر ادعا دارد هنگام آبستنی و زایمان زن در مسافرت بوده است و پس از آگاه شدن به تهران آمده و در جستجوی یافتن دلیل و اطلاع از آنچه رخ داده است و اندیشیدن در بارهٔ مصالح و مفاسد اقامهٔ دعوا یک ماه صرف وقت کرده است: در چنین دعوایی، اثبات تاریخ اطلاع با خوانده است ولی بودن در مسافرت و توجیه اشکال‌های مربوط به بازگشت و طرح دعوای فوری با خواهان است.

۲. قانون فرض کرده است که هر مشکلی در راه طرح دعوا وجود داشته باشد تا دو ماه قابل رفع است و از این پس اگر تأخیر رخ دهد باید نشانهٔ اقرار ضمنی به مشروع بودن نسب به حساب آید. پس، رجوع به عرف را ضروری نشمرده و برای این که وضع مدنی طفلی که، بنا به فرض قانون به شوهر ملحق است، دچار تزلزل نشود، دادگاه را از شنیدن دعوا منع کرده است.

ولی، مادهٔ ۱۱۶۳، به تقلید از بند ۳ مادهٔ ۳۱۶ قانون مدنی قدیم فرانسه، در موردی که حیله‌ای برای پنهان نگاهداشتن یا مشتبه کردن تاریخ تولد طفل به کار رفته است، آغاز مهلت را تاریخ کشف خدعه قرار می‌دهد. عبارت ماده بدین شرح است: «**در موردی که شوهر مطلع از تاریخ حقیقی طفل نبوده و تاریخ تولد را بر او مشتبه نموده باشند، به نوعی که موجب الحاق طفل به او باشد و بعدها شوهر از تاریخ تولد مطلع شود، مدت مرور زمان دعوای نفی دو ماه از تاریخ کشف خدعه خواهد بود**».

۱. بر خلاف قانون مدنی فرانسه که تاریخ شروع مهلت را در موردی که شوهر در اقامتگاه زن وجود دارد تاریخ تولد طفل قرار داده نه تاریخ اطلاع از آن و در صورت غیبت شوهر نیز مهلت از تاریخ بازگشت آغاز می‌شود. بدین ترتیب، قانون حضور شوهر در اقامتگاه مشترک را اماره براطلاع او قرار داده است، در حالی که در حقوق ما ممکن است در زمرهٔ اماره‌های قضایی باشد.

از آنچه گفته شد، چنین برآمد که مهلت اقامهٔ دعوا از تاریخ اطلاع از تولد طفل آغاز می‌شود. زیرا، تنها در این صورت است که می‌توان تأخیر در رجوع به دادگاه را نشانهٔ اقرار ضمنی بر مشروع بودن نسب قرار داد. بنابراین، هرگاه شوهر دیوانه یا به تقلب مشتبه باشد، مهلت اقامهٔ دعوا در بارهٔ او آغاز نمی‌شود.

۳۹۲. ب. قلمرو اجرای مادهٔ ۱۱۶۲:

در این که مهلت اقامهٔ دعوا شامل اختلاف خویشان در بارهٔ نسب نمی‌شود تردید نمی‌توان کرد، زیرا مواد ۱۱۶۲ و ۱۱۶۳ ناظر به دعوای نفی ولد است و این دعوا را، چنان که از نام آن پیدا است، تنها شوهر اقامه می‌کند و به همین جهت نیز آغاز مهلت از تاریخ اطلاع شوهر از تاریخ تولد حقیقی است.

ولی، باید دید که آیا مهلت اقامهٔ دعوا تنها ناظر به نفی ولد به معنی خاص است، که شوهر می‌خواهد خلاف امارهٔ فراش را در دادگاه ثابت کند، یا هرگونه انکاری را که در برابر وضع ظاهری طفل از طرف شوهر می‌شود در بر می‌گیرد؟

ممکن است ادعا شود که هرگاه شوهر بخواهد کودکی را که بنابر ظواهر امور، و از جمله مندرجات شناسنامه، به او منسوب است از خود نفی کند، ناچار است که برای اثبات واقع اقامهٔ دعوا کند. این دعوا نیز در هر حال به منظور نفی ولد است، خواه موضوع آن اثبات خلاف امارهٔ فراش باشد یا احراز این امر که شرایط اجرای اماره تحقق نیافته است. بنابراین، اگر مقصود تثبیت وضع کودکی است که در خانواده به سر می‌برد، بین معنی عام و خاص دعوای نفی ولد تفاوتی وجود ندارد و در هر حال نباید ادعای شوهر بعد از دو ماه در دادگاه استماع شود.

ولی، این ادعا را نباید پذیرفت و دلایل گوناگونی وجود دارد که نشان می‌دهد سقوط حق اقامهٔ دعوا ناظر به موردی است که شوهر بخواهد طفلی که قانون منسوب به او می‌داند از خود نفی کند:

۱. از نظر تاریخی، در حقوق فرانسه مهلت اقامهٔ دعوا ویژهٔ موردی است که شوهر (یا وارث او) بخواهد طفلی را که بر طبق امارهٔ فراش منسوب به او است از خود نفی کند. در

سایر موارد، مرور زمان دعوا تابع قواعد عمومی است. در فقه نیز، هنگامی شوهر نیاز به نفی ولد پیدا می‌کند که بر طبق قاعدهٔ فراش طفل منسوب بـه او بـاشد. پس، در چـنین صورتی باید از راه لعان اثر قاعدهٔ فراش را نسبت به خود از بین ببرد.

۲. مادهٔ ۱۱۶۲ قانون مدنی با کلمات «و در مورد مواد قبل...» آغاز می‌شود و نشـان می‌دهد که حکم ماده در مورد سقوط دعوا ناظر به نفی فرزندی است که بر طبق مواد قبل به شوهر ملحق می‌شود. مواد قبل نیز (۱۱۵۸ تا ۱۱۶۱) از قاعدهٔ فراش و توابع آن بحث می‌کند. پس، ناچار بایستی مهلت کوتاه و استثنایی مندرج در ماده را ناظر به اثبات خلاف امارهٔ فراش دانست و از سرایت دادن آن به سایر مواردی که نسب مورد اختلاف قرار می‌گیرد پرهیز کرد.

۳. چنان‌که اشاره شد، مبنای مادهٔ ۱۱۶۲ قانون مدنی این است که سکوت شوهر در برابر زایمان زن خود دلیل بر اقرار به نسب دانسته شده است و از این رو دعوای انکار را پس از مدتی که بر حسب عادت بـرای اقـامهٔ آن کـافی است قـابل اسـتماع نـمی‌دانند. بنابراین، سقوط دعوا باید ناظر به موردی باشد که اقرار نیز اثر دارد.

از سوی دیگر، «اقرار به نسب در صورتی صحیح است کـه تـحقق نسب بـر حسب عادت و قانون ممکن باشد»(مادهٔ ۱۲۷۳ ق.م.). اقرار به فرزندی کسی که مادرش با مقر ازدواج نکرده است، یا بیش از ده ماه بعد از انحلال نکاح با او به دنیا آمده است، یا زودتر از شش ماه از تاریخ نکاح متولد شده است، هیچ اثری در تحقق نسب ندارد و مانع از دعوای نفی ولد نیست، پس چگونه می‌توان ادعا کرد که سکوت در برابر تـولد چـنین طفلی حق انکار فرزندی را از پدر می‌گیرد؟

در این گونه موارد، در واقع شوهر ادعا دارد که جای پـذیرفتن اقـرار نـیست و، بـر خلاف آنچه ظاهر حکم می‌کند، قانون چنین فرزندی را از آن او نـمی‌دانـد. بـه هـمین جهت، پیش از رسیدگی به این ادعا، نباید سکوت شوهر را، به این دلیل که اقرار ضمنی بر نسب است، مانع از طرح آن شمرد.

۴. اگر مادهٔ ۱۱۶۲ ناظر به دعوای اثبات محقق نشدن امارهٔ فراش نیز باشد، چون این دعوا ویژهٔ شوهر نیست و هر کس نفعی دارد می‌تواند آن را طرح کند، این نـتیجهٔ غـیر

منطقی را به بار می‌آورد که دعوای شوهر (ذینفع اصلی) بعد از دو ماه در دادگاه شنیده نمی‌شود، ولی ادعای سایر خویشان مسموع است.

۵. در مواردی که شوهر ادعا دارد شرایط قاعدهٔ فراش جمع نیست. می‌تواند دعوا را بدون این که نیازی به انکار ولد باشد طرح کند و نتیجهٔ مورد نظر را به عنوان لازمهٔ قانونی حکم به دست آورد. برای مثال، شوهر می‌تواند از دادگاه بخواهد که بطلان نکاح با مادر طفل را اعلام کند یا شناسنامهٔ او را، با ملاحظهٔ تاریخ تولدی که ادعا می‌شود، تصحیح کند. صدور حکم بر ابطال نکاح یا تصحیح شناسنامه، خود به خود و به حکم قانون، انتساب کودک را به مدعی منتفی می‌سازد. از سوی دیگر، آیا می‌توان، به استناد مادهٔ ۱۱۴۲ و به این بهانه که دعوای نفی ولد از شوهر پذیرفته نمی‌شود، از شنیدن دعوای تصحیح شناسنامه یا ابطال نکاح خودداری کرد؟

بنابراین، باید قبول کرد که مهلت اقامهٔ دعوا ناظر به موردی است که شوهر فرزندی را که قانون به او منسوب می‌داند انکار می‌کند و شامل دعاوی مربوط به هویت طفل و متولد نشدن از زوجه و جمع نیامدن شرایط تحقق امارهٔ فراش نمی‌شود.

۳۹۳. ج. ماهیت حقوقی مهلت:

به عنوان مقدمه، باید گفت مهلتی که پس از آن دعوا در دادگاه شنیده نمی‌شود، ممکن است یکی از این دو وصف را داشته باشد:

۱. مرور زمان، که ناظر به سقوط دعوا است نه حق مبنای آن. به همین جهت، هیچ مدیونی نمی‌تواند به استناد شمول مرور زمان آنچه را به طلبکار خود پرداخته است پس بگیرد. گذشتن مرور زمان به دادگاه اجازه نمی‌دهد که از پیش خود دعوا را رد کند. رد دعوا در صورتی امکان دارد که مدعی علیه ایراد کند و آن را از دادگاه بخواهد (مادهٔ ۷۳۲ ق. آ. د. م. پیشین). مرور زمان ممکن است به وسایل خارجی یا قانونی قطع شود و این عمل بر مدت آن می‌افزاید (مواد ۷۵۶ تا ۷۶۴ همان قانون).

۲. مهلت‌های ثابتی که باعث سقوط حق می‌شود و گاه امارهٔ انصراف از آن است: مانند مهلت عرفی برای استفاده از پاره‌ای خیارات که فوری است (مواد ۳۹۷ و ۴۲۰ و

۴۳۵ و ۴۴۰ ق.م.) و مهلت اقامهٔ دعوای دارندهٔ برات بر ظهرنویس‌ها (مادهٔ ۲۸۶ ق.ت.) و مهلت اخذ به شفعه (مادهٔ ۸۲۱ ق.م.) و مهلت پژوهش و فرجام. استناد به این مهلت‌ها نیاز به ایراد ندارد و دادگاه باید از پذیرفتن دعوا خودداری کند. مهلت سقوط حق را نمی‌توان قطع کرد و گاه اسقاط نیز امکان ندارد.

اکنون باید دید مهلتی که قانون برای اقامهٔ دعوای نفی ولد معین کرده از کدام گروه است: اوصاف مرور زمان را دارد یا باعث سقوط طرح دعوا می‌شود؟

قانون مدنی در مادهٔ ۱۱۶۳ آن را «مرور زمان» نامیده است، ولی در این تعبیر مسامحه شده و نباید به ظاهر گفتهٔ قانونگذار اعتماد کرد. زیرا، گذشته از این که مرور زمان ویژهٔ دعاوی مالی است و در روابط زوج و زوجه و پدر و فرزندی جاری نمی‌شود (مواد ۷۳۷ و ۸۳۸ و ۷۵۲ ق.آ.د.م. پیشین)، مبنای آن دلالت تأخیر شوهر بر اقرار ضمنی به نسب است.

قانون مدنی، برای پایان دادن به وضع متزلزل کودکی که در خانواده به دنیا آمده و بنا به فرض دارای نسب مشروع است، شوهر را ناگزیر ساخته که در اولین فرصت ممکن برای انکار ولد اقامهٔ دعوا کند. ولی شیوهٔ نگارش [1] و سابقهٔ تاریخی آن به خوبی نشان می‌دهد که قانونگذار تأخیر شوهر را نشانهٔ اقرار او به نسب می‌داند، و به این دلیل، همین که مهلت متعارف برای امکان اقامهٔ دعوا گذشت، انکار شوهر را نمی‌پذیرد.

گذشته از اینها، مهلت اقامهٔ دعوا در مادهٔ ۱۱۶۲، از نظر ارتباط با حفظ ثبات خانواده و حمایت از کودکان متولد در آن، از قواعد مربوط به نظم عمومی است و دادگاه مکلف به رعایت آن است، هر چند که پذیرش دعوا مورد ایراد خوانده قرار نگیرد.

در حقوق فرانسه نیز اسقاط دعوا را در این مورد مربوط به نظم عمومی می‌دانند و آن را در زمرهٔ مهلت‌های سقوط حق می‌آورند.[2]

۱. تعلیق مرور زمان در مورد اشتباه شوهر و تدلیس در بارهٔ تاریخ تولد و بازگذاردن دست دادرس در تعبیر ارادهٔ شوهر تا دو ماه از جملهٔ قراین مربوط به این شیوهٔ نگارش است.

۲. مازو، ج ۱، بخش ۲ خانواده، ش ۹۰۳ ـ الکس ویل، اشخاص و خانواده و حجر، ش ۵۱۵ ـ کاربونیه، ج ۱، ش ۱۵۴ ص ۴۹۸ ـ پلنیول و ریپر، ج ۲، به وسیلهٔ روواست، ش ۷۹۲ ـ مارتی و رینو، ج ۱، بخش ۲، ش ۱۶۹ ـ و برای دیدن نظر مخالف در حقوق ایران، رک. به، دکتر امامی، ج ۵ ص ۱۷۱.

۳۹۴. اسقاط و تعلیق مدت:

از آنچه در بارهٔ ماهیت مهلت اقامهٔ دعوا گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که قواعد حاکم بر تعلیق و اسقاط مرور زمان نسبت به آن اجرا نمی‌شود. با ر. رد این، در دو مورد ممکن است تردید ایجاد شود:

۱. آیا فرزندی که نسب او مورد انکار واقع شده و همچنین مادر او و همسر مدعی می‌توانند از حقی که مادهٔ ۱۱۶۲ برای آنان به وجود آورده است بگذرند و از دادگاه بخواهند تا برای کشف حقیقت به دعوای نفی ولد رسیدگی کند؟

به نظر می‌رسد که پاسخ منفی باشد، زیرا شنیده نشدن دعوا از قواعد مربوط به نظم عمومی است و تنها حق فرزند یا همسر مدعی نیست تا با اسقاط آن مانع استماع دعوا از بین برود. همان گونه که ایراد آنان برای صدور قرار رد دعوا ضرورت ندارد و دادگاه بایستی از پیش خود تصمیم بگیرد، رضایت ایشان نیز تکلیف دادگاه را از بین نمی‌برد.

۲. اگر شوهر با حادثهٔ خارجی و احتراز ناپذیری روبرو شود و به این دلیل نتواند اقامهٔ دعوا کند، آیا می‌توان ادعا کرد که قوهٔ قاهره باعث تعلیق مهلت می‌شود و حق شوهر از بین نمی‌رود؟ برای مثال، هرگاه شوهری که پیش از اطلاع یافتن از تولد طفل عازم ایران بوده است تا اقامهٔ دعوا کند دچار حادثهٔ هواپیما ربایی شود و نتواند ظرف دو ماه دادخواست بدهد، آیا دادگاه می‌تواند در زمان توقیف شوهر مهلت را معلق بداند؟ همچنین، اگر تشریفات مربوط به تعین قیم اتفاقی چندان به درازا کشد که مهلت دو ماه سپری شود آیا بعد از تعیین قیم دادگاه می‌تواند دعوا را بپذیرد؟

باید افزود که، پیش از گذشتن مهلت دو ماه، دادگاه به طور مسلم باید به این گونه حوادث و امکان شوهر در طرح دعوا توجه کند، و لی آیا بعد از سپری شدن دو ماه نیز این حق را دارد؟

ظاهر مادهٔ ۱۱۶۲ با پذیرفتن دعوا بعد از دو ماه مخالف است، زیرا در پایان آن آمده است که: «... و در هر حال دعوای مزبور پس از انقضای دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود». ولی، پاره‌ای از استادان سقوط دعوا را ناظر به

موردی دانسته‌اند که شوهر عذر موجهی برای تأخیر نداشته باشد.[۱]

این نظر با مبنایی که برای مادهٔ ۱۱۶۲ قانون مدنی انتخاب شده سازگار است زیرا، اگر دلیل پذیرفـ نشدن دعوا دلالت تأخیر بر اقرار به نسب باشد، این دلالت در موردی که اقامهٔ دعوا ممکن نبوده است از بین می‌رود.

با وجود این ،پذیرفتن هرگونه عذری که تأخیر در اقامهٔ دعوا را موجه سازد بر خلاف دستور بخش اخیر مادهٔ ۱۱۶۲ است. زیرا، پیش از گذشت دو ماه نیز وضع به همین منوال است: شوهر باید در مدتی که به حکم عادت برای اقامهٔ دعوا کافی است دادخواست بدهد و دادگاه می‌تواند در تعبیر «حکم عادت» به عذرهای موجه شوهر در تأخیر اقامهٔ دعوا توجه کند.

در قانون مدنی، شوهر از تاریخ آگاه شدن از تولد طفل تا دو ماه برای اقامهٔ دعوا آزاد نیست؛ بلکه باید در اولین فرصت ممکن اقدام کند و مهلت دوماه برای این است که دادرس بتواند موانع داخلی و خاص او را در طرح دعوا در نظر بگیرد و تصمیم بگیرد که آیا دعوا را به هنگام اقامه کرده یا اهمال و سستی روا داشته است. اکنون، اگر بعد از دو ماه نیز ارزشیابی رفتار شوهر ممکن باشد، این پرسش به میان می‌آید که فایدهٔ تصریح قانونگذار که در هر حال بعد از دو ماه دعوا شنیده نمی‌شود چیست؟

تنها راهی که برای تعدیل حکم اخیر مادهٔ ۱۱۶۲ به نظر می‌رسد این است که گفته شود قانونگذار مهلت دو ماه را برای اقامهٔ دعوا کافی فرض کرده است و دادگاه پس از گذشتن این مدت نمی‌تواند به عذرهای شوهر که در نظر عرف موجه است، مانند بیماری و گرفتاری و نداشتن هزینهٔ دادرسی و دسترسی نداشتن به وکیل و تردید در مصلحت و مفسدت اقامهٔ دعوا، توجه کند و بر مهلت دو ماه بیفزاید.

ولی، در مورد موانع خارجی و احترازناپذیر، مانند مثال‌هایی که گفته شد، اثبات قوهٔ قاهره رابطهٔ انتساب تأخیر در اقامهٔ دعوا را به شوهر قطع می‌کند و فرض قانونی را از بین می‌برد.

به بیان دیگر، گذشتن دو ماه از تاریخ آگاهی شوهر از تولد طفل این فرض را به وجود

۱. دکتر سید حسن امامی، همان کتاب، ص ۱۷۰ و ۱۷۱.

می‌آورد که شوهر در مدتی که به حکم عادت برای اقامهٔ دعوا کافی بوده طرح ادعا نکرده است. لیکن، هرگاه ثابت شود که عامل خارجی و مقاومت‌ناپذیر از اقامهٔ دعوا جلوگیری کرده است، این فرض از میان می‌رود و پس از زوال مانع، دعوا تا مدتی که عادتاً برای اقامهٔ آن لازم است شنیده می‌شود، مشروط بر این‌که هیچ‌گاه جمع مدتی که شوهر بدون مانع خارجی می‌توانسته طرح دعوا کند از دو ماه بیشتر نشود.[1]

---

۱. شیخ طوسی در مبسوط (ج ۵، ص ۲۲۹) در زمینهٔ عذر شوهر می‌نویسد: «فاما اذا کان معذوراً فی تأخیر النفی، مثل ان یکون مریضاً او محبوساً بحق او مشغولا بحفظ ماله من الحرق او الغرق او اللصوص، او کان ملازماً لغریم یخاف هربه او یخاف مطالبة غریم و لاوفاء معه و ما اشبه ذلک، فانه لایبطل نفیه، و یکون باقیاً الی ان یتمکن فینفی...». ولی، این قواعد برای قبل از پایان دو ماه قابل استفاده است و مشکل اقامهٔ دعوا پس از پایان دو ماه باقی می‌ماند.

قرائت و تمرین (۱۱)

اقرار به نسب و آثار آن

با این‌که احکام اقرار به نسب در قانون مدنی از فقه گرفته شده است، در تنظیم مواد، به ویژه جایی که در برابر اقرار منازعی وجود دارد، ابتکارها یا اشتباهاتی رخ داده است که اطلاع دانشجویان را از منبع اصلی مواد قانون ضروری می‌سازد.

در این تمرین، بخشی از یکی از فتاوای میرزا قمی، که در آن تابلوی کاملی از عقاید فقها ترسیم شده است، نقل می‌شود. این فتوا در پاسخ سؤال یکی از مقلدان آن مرحوم، در بارهٔ کسی که در وصیتنامه اقرار به بدهی خود به متوفایی‌کرده و شخص معینی را وارث طلبکار معرفی کرده است و دیگری به عنوان وارث آن را مطالبه می‌کند، نوشته شده است (جامع الشتات، ص ۵۶۶ به بعد).

«اما سؤال از اقرار بر طلب داشتن زید، پس اگر در حال مرض موت باشد و متهم باشد به قصد اضرار به ورثه، در ثلث معتبر است و اگر در غیر آن حال باشد، از اصل معتبر است، و اما حکایت میراث بردن بکر (مدعی و مقر به وراثت):

پس بدانکه در اقرار به نسب تفصیلی هست و اما در این جا بسیاری از مسائل متعلقه به آن را ذکر می‌کنم تا نفع آن اکمل باشد و جواب سؤال هم معلوم شود و آن این است که کسی که اقرار به نسب می‌کند یا این است که ادعا می‌کند که فلان کس ولد من است یا دعوای غیر ولد بودن او را می‌کند از انساب.

پس اگر کسی دعوا کند که فلانکس ولد من است، پس اگر آن ولد صغیر است یا مجنون،

حکم می‌شود به ثبوت نسب بینهما به مجرد اقرار او از طرفین و به ثبوت توارث از طرفین، خواه آن ولد ذکور باشد یا انثی و حیّ باشد یا میت، و ظاهراً خلافی در مسئله نیست و دعوای اجماع هم بر آن شده و از اخبار نیز مستفاد می‌شود و اگر بالغ و عاقل هم شود و انکار کند مسموع نیست. و اگر ولد عاقل کبیر باشد، پس مشهور این است که هرگاه زنده باشد محتاج است به تصدیق آن ولد و قول به عدم احتیاج ضعیف است و نادر است به جهت آنکه این اقراری است بر غیر و مسموع نیست و نسب خلاف اصل است و ثبوت آن محتاج است به دلیل و حکم آن نه از اطلاق اخبار مستفاد میشود و نه دلیلی دیگر هست بر ثبوت آن، و ظاهر اینست که در کبیر مجرد عدم تکذیب کافی نیست بلکه تصدیق ضروری است، به همین جهت که مذکور شد.

و آنچه شهید ثانی نسبت به ظاهر قواعد داده از اکتفاء به عدم تکذیب ظاهر اینست که چنین نباشد بلکه مسامحه در عبارت کرده، چنانکه از کلام او بعد از این معلوم می‌شود که اعتبار تصدیق راکرده، بلی می‌توان گفت که در صورت عدم تکذیب و سکوت، اگرچه نسب از طرفین ثابت نشود، چون مقر اقرار بر نفس خودکرده و ثمره در وقتی ظاهر می‌شودکه آن پسر بمیرد قبل از تصدیق، که در آن وقت می‌توانیم گفت که پسر او تواند میراث مطالبه کند به سبب اقرار مقر بر نفس خود و در صورتی که وارثی دیگر غیر مقر له نباشد میراث به پسر او میرسد.

پس معلوم شد که اشتراط تصدیق از برای ثبوت توارث از طرفین است و اگر نه اقرارکار خود را می‌کند و دلیل قول دیگر که آنرا از شیخ در ظاهر کتاب نهایه نقل کرده‌اند شاید اطلاق روایات باشد، به این مضمون که «اذا اقر الرجل بولد ثم نفاه لزمه» و این‌که این اقرار است بر نفس خود پس مسموع است و جواب از اطلاق منع تبادر کبیر است، خصوصاً بدون تصدیق، بلکه ظاهر آنست که غالباً اقرار بولد در حال صغر می‌شود و به مجرد همان لزوم حاصل می‌شود و دیگر تصدیق و تکذیب حال کبر اعتباری ندارد و جواب از اقرار بر نفس پس آنهم ممنوع است بجهت این‌که در اقرار بر غیر بودن شکی نیست که اقرار بر نفس هم باشد.

و تحقیق اینست که نظر به اقرار حکم مختلف است نسبت به مقر و مقرله، بلی از برای این‌که مقر میراث نبرد خوب است که نظر باقرار او مقرله میراث نبرد و هرگاه آن ولد مرده باشد پس در آن دو قول است نظر به این‌که چون میت هم مثل طفل است چون سخنی نمی‌تواند گفت و از جهت آنکه حکم ولد کبیر مستفاد از اخبار نمی‌شود و اصل عدم لحوق است و علامه در تذکره توقف‌کرده و از مسالک ظاهر می‌شودکه مشهور قول اول است بلکه از شیخ نقل اجماع بر آن کرده و بعد از آن دو اشکال‌کرده به جهت آنکه حکم بر خلاف است و چون در صغیر و میت اجماع هست به آن قایل شدیم و در اینجا اجماعی نیست و دلیل دیگر ظاهر نیست و چون مسأله مفروض است در این‌که اقرار به نسب شخص مجهول باشد در حال موت، دور نیست

ترجیح مشهور بجهت شهرت و اجماع منقول از کلام شیخ و علت ملکوره.

و اما میت مجنون، پس ظاهر این است که در آن خلافی نباشد، چنانکه از شیخ علی نقل شده و آخوند ملا احمد رحمه اللّٰه فرموده که اگر اجماع باشد خوب است والا در آن اشکال است و اظهر قول مشهور است.

و بدان شرط کرده‌اند در لحوق ولد، بعد از وجود شرایط اقرار در مقر از بلوغ و عقل و اختیار، این‌که دعوای فرزندی در حق آن طفل ممکن باشد از برای مقر و شرع تکذیب او نکند. پس، هرگاه اقرار کند بفرزندی شخصی که در سن مساوی او است یا بقدری کمتر که ممکن نیست تولد از او و امثال اینها، پس ملحق نمیشود.

و همچنین هر گاه آن طفل شرعاً ملحق بغیر باشد بسبب فراش یا شهرت یا غیر آن، هر چند آن ولد هم تصدیق او بکند، ملحق نمی‌شود، و همچنین شرط است که کسی با او منازعه نکند. پس، اگر دیگری هم دعوی فرزندی او بکند محتاج است به مرافعه و اثبات یا رجوع به قرعه بعد از عجز و بدانکه این احکام در اقرار مرد به فرزندی کسی بی خلاف است و اشکال کرده‌اند در اقرار زن به فرزند کسی، و وجه اشکال این است که لحوق نسب بر خلاف اصل است و در مرد حکم ثابت است به اجماع و اخبار و اما در زن پس نصّی نیست و غالب این است که زن به بینه می‌تواند مطلب را ثابت کند بخلاف مرد، و وجه ثبوت حکم در زن شراکت مرد و زن است در غالب احکام بلکه آخوند ملا احمد رحمه اللّٰه فرموده است که در زن بطریق اولی مسموع است و فخر المحققین دعوی اتحاد طریق‌کرده و درکلام احدی از علماء در این مقام ندیدم که استدلال و نصی کرده باشند.

و لکن در مسائل میراث، در باب حکم میراث بردن دو نفر که با هم منسوب باشند و اعتراف داشته باشند و صحیحهٔ عبدالرحمن ابن الحجاج ملکور است و آن مشتمل بر این است که هرگاه زنی را از بلاد شرک به اسیری بیاورند و با او ولد صغیری باشد و بگوید ولد من آست از او می‌شنوند و از یکدیگر میراث میبرند. پس بنابراین در حکم مادر هم اشکال نبایدکرد.

تا اینجا سخن در اقرار به ولد بودن کسی بود و اما اگر اقرار کند بغیر ولد صلبی، مثلا اقرار به این‌که این شخص برادر منست یا خواهر یا پدر یا عمو یا خاله یا غیر آن، حتی این‌که بگوید ولد ولد منست. پس در اینها نسبت به محض اقرار ثابت نمی‌شود بلکه باید مقر به تصدیق او بکند یا بینه بر آن اقامه کند و ظاهراً خلافی در مسئله نیست. بجهت آنکه مستلزم اقرار بر غیر است و مسموع نیست خصوصاً این‌که فی الحقیقه در این جا نسب را به غیر ملحق می‌کنند، زیرا که اقرار به اخوت اقرار است باین‌که فرزند پدرم است و در اقرار به عمومت اقرار باین‌که فرزند جدم است و هکذا در ولد ولد. و در اشتراط موت ملحق به، یعنی آن پدر و جد و ولد، دو قول است:

و علامه در تذکره تصریح کرده به عدم قبول این اقرار بدون بینه و گفته است که ملحق به، مادام که زنده است، از برای دیگری جایز نیست الحاق نسب به او، هر چند مجنون باشد. و خلاف کرده‌اند نیز در اشتراط عدم نفی آن، یعنی ملحق به آن نسب را نفی نکرده باشد: و وجه عدم قبول این است که آن نسب محکوم بود به بطلان آن و عود آن محتاج بدلیل است، و وجه قبول این است که همان ملحق به، هرگاه در حال حیات اقرار می‌کرد به نسب بعد از آنکه نفی کرده بود، ملحق میشد به او هر چند میراث از او نمی‌برد، پس همچنین وارث هم که اقرار کند ملحق می‌شود به او.

و به هرحال، در غیر اقرار به ولد صلب، هرگاه تصدیق مقربه حاصل شود توارث بینهما حاصل می‌شود والا فلا. و خلافی ظاهراً در این نیافتم، خواه مقربه زنده باشد یا مرده، بغیر عبارت شهید ثانی در شرح لمعه که در میت گفته است که شرط نیست تصدیق مقربه بجهت عدم امکان، و هر چند او بازهم اشکال کرده است در این و عبارت لمعه این است: «و یشترط التصدیق فیما عدا الولد الصغیر و المجنون و المیت» و شارح بعد از این‌که کلمهٔ «المیت» گفته است «و ان کان بالغاً عاقلا و لم یکن ولدا» وعجب‌تر این‌که بعد از این نسبت داده شده است قول به قبول اقرار به نسب کبیر را مطلقا، یعنی خواه ولد و خواه غیر آن، به فتوای اصحاب. و این قاصر تصریحی به آن در کلام احدی از اصحاب ندیدم و گمان حقیر این است که لفظ «المیت» در کلام لمعه عطف بر صغیر است و مجنون که صفت ولدند نه بولد و شارح آن را عطف به ولد گرفته و تو دانستی پیش از این خلاف را در ولد کبیر.

و به هرحال، ظاهر این است که در اقرار بغیر ولد صلب تصدیق شرط است و بدون تصدیق یا بینه نسب ثابت نمی‌شود، هر چند مقربه میت باشد. بجهت آنکه حکمی است بر خلاف اصل و اقراری است بر غیر و دلیلی بر آن نیست بلی نظر به اقرار خود در حق خود مسموع است. پس مقر به هرگاه جاهل به حقیقت حال باشد بسبب اقرار، مقربه میراث از او می‌برد که مقر میراث از او نبرد، چنانکه در حق ولد ملاعنه، که بعد از اقرار به آن ولد میراث می‌برد اما پدر میراث نمی‌برد.

و بهر حال، هرگاه دو نفر با هم تعارف کنند، یعنی هر یک اعتراف به نسب دیگری داشته باشند، خلافی نیست که هر یک از دیگری میراث می‌برند و اخبارهم دلالت بر آن دارد ولکن این حکم مختص متصادقین است و به سایر انساب تعدی نمی‌کند. بجهت آنکه حکم به اقرار ثابت شده نه به بینه و مقتضای آن همان توارث است بینهما نه ثبوت نسب برای دیگران، مگر این‌که آنها تصدیق بکنند. بلی ظاهر این است که حکم تعدی باولاد این دو نفر می‌کند و از یکدیگر میراث می‌برند...».

فصل دوم

همبستگی خانوادگی و حمایت از کودکان خانواده

۳۹۵. تقسیم مطالب:

چنان‌که گفته شد، تشکیل خانواده آثار گوناگونی در روابط بین زن و شوهر از یک سو و رابطهٔ پدر و مادر و فرزندان از سوی دیگر دارد. این آثار در بسیاری از مباحث حقوق مدنی به طور پراکنده مطرح می‌شود و می‌توان آنها را به دو گروه مالی و معنوی تقسیم کرد:

در نکاح، از روابط زن وشوهر در هر دو زمینه بحث شد (ش ۸۱ به بعد)و در روابط پدر و مادر وفرزند نیز مثال‌های فراوان وجود دارد: از جمله نام خانوادگی پدر بر فرزند نهاده می‌شود، تربیت و نگاهداری فرزند با پدر و مادر است و فرزند نیز تا زمانی که به سن رشد نرسیده است باید از آنان اطاعت کند. ابوین و اولاد مکلف به انفاق به یکدیگرند و از یکدیگر ارث می‌برند، از دادرسی کردن در بارهٔ دعاوی یکدیگر محروم هستند و مرور زمان در روابط مالی آنان جاری نمی‌شود... و مانند اینها.

ولی، در حقوق ما مرسوم شده است که روابط پدر و مادر و فرزندان را، به تقلید از قانون مدنی، در سه مبحث مورد مطالعه قرار می‌دهند:

۱. نگاهداری وتربیت اطفال (حضانت)؛
۲. ولایت قهری؛
۳. الزام به انفاق.

بر این سه مبحث اصلی وصایت و قیمومت را نیز باید افزود، زیرا در پاره‌ای موارد ولایت به وسیلهٔ نمایندهٔ ولی قهری انجام می‌شود، و مادر از راه قیمومت می‌تواند از فرزندان خود حمایت کند.و انگهی، حمایت از محجور به وسیلهٔ قیم نیز به طور معمول در خانواده انجام می‌پذیرد.

مبحث نخست به روابط عاطفی ابوین و اولاد مربوط است و در تنظیم قواعد آن قانونگذار به حمایت جسمی و شخصیت کودک نظر دارد، ولی در سه مبحث دیگر، یا مخلوطی از ادارهٔ دارایی و تربیت فرزندان ملحوظ است، یا تنها ادارهٔ دارایی و تأمین معاش متقابل خویشان در خط مستقیم مورد توجه است.

باید دانست که، ولایت تنها به ادارهٔ دارایی اختصاص ندارد و شامل تربیت فرزند و هدایت او در امور معنوی، مانند تحصیل و پیروی از مذهب و احترام به شعایر آن و اجازهٔ تزویج، نیز می‌شود؛ چنان‌که گاه به دشواری می‌توان تکالیف مربوط به حضانت و ولایت را از هم جدا کرد.

به اضافه، مباحث مربوط به حضانت و ولایت و قیمومت و الزام به انفاق دارای مبنا و اوصاف مشترکی است که می‌توان کلیات آن را بررسی کرد. ما نیز مطالعهٔ خود را از این مبحث آغاز می‌کنیم و پس از آن به مباحث مرسوم می‌پردازیم:

مبحث اول: کلیات

گفتار نخست: مبنای روابط پدر و مادر و فرزندان

۳۹۶. حق فرزند بر پدر و مادر یا حق پدر و مادر بر فرزند؟

در این باره که چرا پدر و مادر سلطه بر اموال کودک و تربیت او یافته‌اند و به چه دلیل

در بارهٔ نگاهداری از او و تحمل هزینهٔ آن مکلف شده‌اند، توجیه‌های گوناگون شده است:

پاره‌ای از نویسندگان خواسته‌اند تکلیف پدر و مادر و حق فرزند را در زمرهٔ حقوق و تکالیف طبیعی آورند. ریشهٔ این نظر را باید در نوشته‌های کانت، فیلسوف آلمانی، جستجو کرد که می‌گفت: **«کودک انسانی است که بدون ارادهٔ خود به دنیا می‌آید، پس در برابر کسانی که زندگی را بر او تحمیل کرده‌اند حق دارد»**[1].

در برابر این افراط، بعض دیگر به تفریط گراییده‌اند و مبنای روابط پدر و فرزند را تأمین سلطه و ریاست پدر یا مادر بر خانواده انگاشته‌اند: هابز، حکیم انگلیسی، آن را حق قوی بر ضعیف خواند. دوما، حقوقدان فرانسوی، آن را نخستین نوع حکومت شمرد. پوفندورف آن را نتیجهٔ قرارداد ضمنی بین پدر و مادر و فرزندان پنداشت. بورلاماکی[2] ولایت را از آن حاکم پنداشت که به پدر و مادر نیابت در اجرای حق خود را تفویض کرده است. گروسیوس، در توجیه سلطهٔ ابوین بر فرزندان گفت: **«بسان حقی است که صانع برساختهٔ خود دارد یا کوزه‌گر بر سفال مصنوع خویش پیدا می‌کند»**[3].

در فقه نیز عقیدهٔ کسانی که حضانت را در زمرهٔ حقوق آورده‌اند و آن را قابل صلح و اسقاط شمرده و گفته‌اند، مادر می‌تواند در برابر انجام دادن این خدمت دستمزد بخواهد، با نظر این گروه شباهت دارد[4].

ولی، این هر دو نظر را در حقوق کنونی باید متروک و مردود دانست. زیرا، گذشته از این که حق و تکلیف از مفاهیم اجتماعی است و نمی‌توان آن را لازمهٔ طبیعت روابط شناخت[5]، در حقوق ما تکالیفی که پدر و مادر در برابر فرزندان خود پیدا می‌کنند، منوط

۱. Acolas آکولاس (نقل از کاربونیه، ج ۱، ش ۲۱۴، ص ۵۶۵).

۲. Burlamaqui

۳. نقل از کاربونیه، همان کتاب.

۴. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، کتاب نکاح، حضانت ـ محقق قمی، جامع الشتات، ص ۴۸۲ ـ سید علی طباطبایی، ریاض، ج ۲، کتاب نکاح، در رضاع و حضانت ـ شهید در قواعد که به نقل صاحب جواهر گفته است، اگر مادر از حضانت امتناع کند پدر اولی است و اگر هر دو امتناع کنند پدر اجبار می‌شود.

۵. ناصر کاتوزیان، فلسفهٔ حقوق، ج ۱، ش ۳۶ به بعد.

به مشروع بودن نسب و وجود رابطهٔ زن و شوهری میان پدر و مادر طفل است. قانون مدنی نیز با اعلام این امر که: «ابوین مکلف هستند که .در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهمل بگذارند» (مادهٔ ۱۲۸۷) این عقیده را که سلطهٔ پدر و مادر بر فرزند حق آنان است و، مانند هر حقی که شخص بر دیگری دارد، هدف از آن تأمین اقتدار صاحب حق است، به صراحت رد می‌کند.

سابقهٔ تاریخی قانون مدنی و مفاد بسیاری از مواد آن نشان می‌دهد (مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۲ به بعد و ۱۱۸۴ تا ۱۱۸۸) که در تنظیم روابط پدر و مادر و فرزندان مصالح اجتماعی قوانین را اداره می‌کند. همه چیز رنگ تکلیف دارد و، اگر گاه از حق صحبت می‌شود، منظور توانایی است که قانون برای اجرای تکالیف خویش به پدر و مادر در برابر دیگران اعطا کرده است.

پس، در تعبیر مادهٔ ۱۱۶۸ قانون مدنی که اعلام می‌کند: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است» نباید چنین پنداشت که نویسندگان آن دچار تردید و تناقض‌گویی شده‌اند: نگاهداری از کودک در زمرهٔ تکالیف پدر و مادر است، ولی چون اجرای هر تکلیف مستلزم داشتن اختیار است، پدر و مادر حق دارند تا آن‌چه را به عهده دارند انجام دهند و از کودک و سایرین بخواهند تا مانع اجرای وظیفهٔ آنان نشوند و به لوازم آن گردن نهند.[1]

۱. ریپر و بولانژه، در تعریف سلطهٔ پدر و مادر بر فرزند(ولایت و حضانت) گفته‌اند «مجموع اختیارات و حقوقی است که قانون نسبت به شخص و اموال فرزندان صغیر به پدر و مادر آنان داده است تا امکان اجرای تکالیفشان را فراهم سازد» (ج ۱، ش ۲۲۵۲). و مانند این تعبیر در نوشته‌های نویسندگان دیگر فرانسوی نیز دیده می‌شود: کولن و کاپیتان ولاموراندیر، ج ۱، ش ۱۴۸۷ ـ کاربونیه، ج ۱، ش ۲۱۵ ـ پلنیول و ریپر و ساواتیه، دورهٔ عملی حقوق مدنی فرانسه، ج ۱، ش ۲۹۹).

هابز، حکیم دانای انگلیسی، در این باره می‌نویسد: «.. قدرت و تسلطی که پدر و مادر بر کودک خود دارند ناشی از تکلیفی است که بر عهدهٔ آنهاست که تا کودک ضعیف و ناتوانست از او پرستاری و نگهداری کنند. تکلیف پدر و مادر حق طفل است تا عقل او به بلوغ نرسیده است او را از خوب و بد آگاه سازند و در کارهایش راهنمای او باشند. زیرا خداوند به بشر عقل داده است تا رهبر اعمال او باشد و آزادی بدو داده است تا از عقل پیروی کند و آن‌چه در حدود قانونی کند که بر او فرمانرواست. اما چون کودک عقلی کامل ندارد که رهنمای او باشد اراده‌ای هم از خود نخواهد داشت آنکس که از جانب او می‌اندیشد باید از جانب او هم اراده کند....»: آزادی فرد و قدرت دولت، محمود صناعی، ص ۱۷۲.

۳۹۷. همبستگی خانوادگی و حمایت از کودک:

قواعد حاکم بر روابط پدر و مادر و فرزندان را بر دو مبنا می‌توان استوار کرد و این دو نیز ملازم و مکمل یکدیگر است:

۱. **همبستگی خانوادگی:** اتحاد زن و شوهر و وابستگی خونی و اخلاقی فرزند خانواده به آنان باعث می‌شود که یکی از طبیعی‌ترین واحدهای اجتماعی به وجود آید. قانون برای این گروه شخصیت حقوقی نمی‌شناسد، ولی اجتماع آن را مجموعه‌ای مستقل می‌بیند.

همبستگی این گروه را قانون ایجاد نکرده است، ولی در حفظ آن نفع مستقیم دارد. پس، آن‌چه را اخلاق عمومی در زمرهٔ تکالیف این اشخاص در برابر هم می‌شمرد، حقوق نیز می‌پذیرد و از آن حمایت می‌کند. در این کانون اخلاقی، همه باید یکدیگر را یاری دهند و در غم و شادی شریک هم باشند؛ توانا حامی ناتوان باشد و با تجربه نوخاسته را رهبری کند. قانون نیز چنین حکم می‌کند: ابوین و اولاد را مکلف به انفاق به یکدیگر می‌سازد و نگاهداری و تربیت و حفظ اموال کودک را بر عهدهٔ پدر و مادر می‌نهد.

۲. **حمایت از کودک:** گذشته از تأمین همبستگی در خانواده، حمایت از کودک نیز یکی از مبانی مهم سیاست قانونگذاری در تنظیم روابط پدر و مادر و فرزندان است. این موجود ناتوان باید در کانون سالمی پرورش یابد تا استعدادهای نهفته‌اش شکوفا شود. دریای پرتلاطم اجتماع، با آن همه پلیدی‌ها و آشوب‌ها، برای نگاهداری از این نوشکفتهٔ معصوم محیطی مناسب نیست.

دولت نیز هیچ‌گاه پرستار شایسته‌ای نبوده است و چه بهتر که موجود آسیب‌پذیری مانند کودک از آلودگی سیاسی به دور بماند. او به محبت سرشار طبیعی و مأمنی از عشق و فداکاری نیاز دارد و این مأمن در آغوش مادر و سایهٔ پدر بهتر از هر جای دیگر فراهم می‌شود.

با وجود این، در خانواده نیز کودک مصون از هرگونه آسیب نیست و گاه نیاز به بازرسی و نظارت دولت احساس می‌شود (مادهٔ ۱۱۸۶ ق.م). بر خلاف آنچه پیشینیان

می‌پنداشته‌اند، کودک به پدر و مادر تعلق ندارد و حقی که آنان بر فرزند خود دارند مانند حق مالک بر اموال خود نیست. پس، جامعه نیز حق دارد، در موارد لزوم، از این عضو نوپا در برابر بزرگان خانواده حمایت و آنان را ناگزیر از اجرای تکالیفشان سازد (مادهٔ ۱۱۷۲ ق.م.). ولایتی که به آنان داده شده، به منظور حمایت از طفل و حفظ مصالح او است و در صورتی محترم است که در این راه به کار رود (مادهٔ ۱۱۸۴ ق.م.).[۱]

۳۹۸. حدود دخالت دولت؛ آمیزهٔ حق و تکلیف ابوین:

از آن‌چه گفته شد و در توجیه دخالت دولت در خانواده‌ها، نباید چنین پنداشت که کودک به جامعه تعلق دارد وپدر و مادر به نمایندگی از طرف دولت مکلف به نگاهداری و تربیت او شده‌اند. این پندار نادرست مفهوم خانواده و ارج ولایت پدری و مادری را از بین می‌برد. زن و شوهر، در عین حال که عضوی از جامعه هستند، شخصیت خاص و مستقل دارند. اینان کودکی را به وجود آورده‌اند و باید به جامعه تحویل دهند، ولی این تحویل تا پایان دورهٔ کودکی انجام نمی‌پذیرد. در واقع، دوران کودکی دنبالهٔ توالد و تناسل و سازندگی خانواده‌ها است.[۲]

وابستگی کودک به پدر و مادر را اخلاق می‌پذیرد و به شدت از آن حمایت می‌کند. حقوق نیز از این نیروی اخلاقی الهام می‌گیرد و به احترام این وابستگی اختیار پدر و مادر را در بسیاری از زمینه‌ها به دلخواه آنان وا می‌گذارد؛ چنان‌که اگر پدر و مادری در بارهٔ شیوهٔ تربیت و تحصیل و ادارهٔ اموال او تصمیمی بگیرند، تا جایی که انحطاط اخلاقی یا خیانت و بی لیاقتی آنان احراز نشده است، هیچ دادگاه یا مقام دیگری حق بازرسی و انحراف از آن را ندارد (مادهٔ ۷۳ ق.ا.ح.).

به بیان دیگر، پدر و مادر دلسوز و متعارف، جز در موارد استثنایی، حق دارد فرزند

۱. شهید ثانی در مسالک (ج۲، ص ۵۸۱) در تعریف حضانت می‌نویسد: «ولایة علی الطفل و المجنون لفائدة تربیته و ما یتعلق بها من مصلحته...» و علامهٔ حلی در ضابطهٔ تصرف ولی و قیم در مال کودک و مجنون می‌نویسد: «الضابط فی تصرف المتولی لاموال الیتامی و المجانین اعتبار الغبطة و کون التصرف علی وجه النظر و المصلحة» (تذکره، ج۲، کتاب حجر).

۲. پلنیول و ریپر و ساواتیه، ج۱، ش ۲۹۹.

خود را چنان‌که می‌خواهد تربیت کند[۱].

به همین اعتبار است که می‌گویند سلطهٔ پدر و مادر بر فرزند آمیزه‌ای از حق و تکلیف است و یکی از معانی مادهٔ ۱۱۶۷ قانون مدنی نیز که می‌گوید: **«نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است»** اشاره به همین نکته و جمع بین حق جامعه و پدر و مادر است: نگاهداری طفل تکلیف ابوین است. پس، نمی‌توانند از زیر این بار شانه خالی کنند و بایستی اختیار خود را به مصلحت طفل به کار برند. ولی، نگاهداری حق آنان نیز هست و، جز در موردی که قانون مجاز شناخته است، نمی‌توان آنان را از این امتیاز محروم ساخت و در اجرای این اختیار نیز حق انتخاب با آنانست[۲].

این نکته را نیز باید دانست که میان حق و تکلیف ابوین مرز ثابتی وجود ندارد و با تغییر قوانین در تحول است، ولی می‌توان گفت که تمایل قوانین جدید به گسترش نظارت دولت و افزودن بر قلمرو تکالیف پدر و مادر است[۳]، تا جایی که باید پذیرفت اختیارات پدر و مادر، دست کم در بسیاری موارد، حق به معنی مرسوم خود نیست.

گفتار دوم: اوصاف این رابطه و قواعد آن

۳۹۹. حمایت از طفل تنها به پدر اختصاص ندارد:

بر خلاف حقوق پاره‌ای از کشورها که در قدیم اقتدار پدری را از توابع ریاست شوهر

۱. علامهٔ حلی در تذکره می‌نویسد، هرگاه پدر یا جد پدری ملک کودک یا مجنون را بفروشد و بگوید به آن نیاز داشته است و موضوع نزد حاکم مطرح شود، حاکم آنان را اجبار به اثبات نیاز و رعایت غبطهٔ محجور نمی‌کند و می‌تواند معامله را امضاء کند (ج ۲، کتاب حجر).

۲. این موارد استثنایی نیز ناظر به حالتی است که محروم کردن پدر و مادر از حق خود ضروری باشد و چنان که لرد اشر (Lord Esher) در دادگاه انصاف انگلیس اظهار نظر کرده است (نقل از بروملی، حقوق خانواده، ص ۲۹۹) دادگاه نباید به این بهانه که بهتر مصالح طفل تأمین می‌شود اختیار پدر و مادر را از آنان بگیرد؛ بایستی این امر یک ضرورت باشد تا بتوان اختیار ابوین را معلق یا به دیگری واگذار کرد.

۳. چنان‌که به نظر بروملی، پس از تصویب قانون نگاهداری اطفال در ۱۹۷۱، دیگر نمی‌توان برای پدر و مادر حقی قایل شد. زیرا، آن‌چه به نظر دادگاه اهمیت اصلی دارد حمایت از حقوق طفل است (همان کتاب، ص ۳۰۲).

بر خانواده می‌شناختند، در حقوق ایران بعد از اسلام هیچ‌گاه این امتیاز ویژهٔ شوهر نبوده است. در فقه نیز سیاستی که بر تنظیم روابط پدر و مادر و فرزندان حکومت می‌کرده است، به طور کلی سیاست حمایت از طفل و تأمین همبستگی خانوادگی بوده و کمتر حقوق مدنی زن یا طفل دستخوش تأمین اقتدار شوهر بر خانواده قرار گرفته است.

در مورد حضانت، همهٔ فقیهان پذیرفته‌اند که در دوران شیرخوارگی مادر بر پدر مقدم است، زیرا بهتر می‌تواند از طفل نگاهداری کند. بعد از دو سال، پدر نسبت به پسر و مادر نسبت به دختر مقدم است و این وضع تا سن هفت سالگی و به گفتهٔ بعضی تا نه سالگی ادامه دارد و از این پس ارادهٔ پدر برتر است. ولی، پس از فوت او حضانت با مادر است و وصی منصوب از طرف پدر یا جد پدری نیز حق معارضه با او را ندارد[۱].

بر عکس، در مورد ادارهٔ اموال کودک مادر دخالتی ندارد و پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف آنان این مهم را به عهده می‌گیرد. زیرا، در تقسیم کار خانواده، فرض این است که پدر صلاحیت بیشتری دارد.

این ترتیب در قانون مدنی نیز آورده شد(مواد ۱۱۶۸ تا ۱۱۹۴) و تا تصویب قانون حمایت خانواده ادامه داشت.

قانون حمایت خانواده، چنان‌که تفصیل آن را بعدها خواهیم دید، نسبت به حضانت بر اختیار دادگاه افزود تا طفل را به هر کس مقتضی می‌داند بسپارد (مواد ۱۳و ۱۴). در مورد ولایت، بر طبق مادهٔ ۱۵ همان قانون، مصوب ۱۳۵۳، «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر خود میباشد. در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت او در ادارهٔ امور صغیر یا فوت پدر، به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه شهرستان حق ولایت به هر یک از جد پدری یا مادر تعلق می‌گیرد...».

سرنوشت این قانون مبهم است، ولی از مفاد بند ۱ از مادهٔ ۳ لایحهٔ قانونی دادگاه مدنی خاص، که دعاوی راجع به حضانت را در صلاحیت دادگاه خانواده قرار می‌داد و از تأیید مواد مربوط به ولایت و حضانت قانون در تجدید نظر سال ۶۱ چنین بر می‌آید که

۱. علامهٔ حلی، قواعد الاحکام، ج۲، ص ۵۱ ـ شهید ثانی، مسالک، ج۱، ص ۵۸۱ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد نکاح، حضانت.

قواعد مخالف با این مواد نسخ ضمنی شده است و حقوق مدنی ما دوباره به همان موضع قانون مدنی بازگشته است. ولی، سرانجام قانون اصلاح مادهٔ ۱۱۶۹ ق.م. حق حضانت مادر را تا سن هفت سالگی مقدم شمرد و پس از آن برای پدر حق تقدم قائل [illegible] مگر این که مصلحت کودک چنین نباشد. باز هم به نقد و شرح این حکم خواهیم پرداخت.

در باب انفاق هم تمام خویشان در خط مستقیم مکلف به دستگیری از یکدیگرند و تأمین نفقهٔ فرزند در مرحلهٔ نخست با پدر و اجداد پدری است. ولی، هرگاه آنان نتوانند هزینهٔ معاش و حضانت طفل را تأمین کنند، به ترتیب مادر و اجداد مادری مکلف می‌شوند(مادهٔ ۱۱۹۹ ق.م.).

بدین ترتیب، حمایت از طفل و ادارهٔ دارایی او در مرحلهٔ نخست با پدر و اجداد پدری و در مرحلهٔ بعد با مادر و جد یا اجداد مادری است و نباید اقتدار پدر را نتیجهٔ مستقیم ریاست او بر خانواده شمرد.

۴۰۰. ولایت و حضانت با رشد طفل پایان می‌پذیرد:

چنان‌که در گفتار نخست این مبحث گفته شد (ش ۳۹۷) مبنای اقتداری که پدر و مادر بر فرزند خود دارند حمایت از او است، پس این اقتدار تا زمانی ادامه دارد که طفل نیازمند به آنست. «همین که طفل کبیر و رشید شد، از تحت ولایت خارج می‌شود و اگر بعداً سفیه یا مجنون شود قیمی برای او معین می‌شود». حضانت نیز همین گونه پایان می‌پذیرد، زیرا بعد از رسیدن به سن رشد دیگر نمی‌توان فرزند خانواده را کودک یا طفل نامید (مستفاد از مادهٔ ۱۱۶۸).

مادهٔ ۱۱۷۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد که: « **طفل باید مطیع ابوین خود بوده و در هر سنی که باشد باید به آنها احترام کند**». از قید «در هر سنی که باشد» و سابقهٔ تاریخی مادهٔ ۱۱۷۷ (مادهٔ ۳۷۷ قانون مدنی فرانسه و تعلیمات اسلامی مربوط به لزوم احترام به پدر و مادر) [1]، به خوبی معلوم می‌شود که مقصود از واژهٔ «طفل» صغیر نیست و «فرزند» است.

۱. وقضی ربک الأ تعبدوا الأ ایاه و بالوالدین احسانا اما یبلغّن عندک الکبر احدهما او کلاهما فلاتقل لهما اف ولاتنهرهما و قل لهما قولا کریما (قرآن مجید، سورهٔ الاسراء، آیهٔ ۲۳).

ولی، این حکم بیشتر جنبهٔ اخلاقی دارد. پس از رسیدن به سن رشد یا اثبات آن پدر و مادر هیچ اختیاری دربارهٔ تربیت فرزند یا ادارهٔ اموال او ندارند.

با وجود این قاعدهٔ مربوط به پایان یافتن ولایت بعد از رشد در دو مورد به استثنا برخورده است:

۱. در مورد مجنون یا سفیهی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد (مادهٔ ۱۱۸۰ ق.م.). بدین ترتیب، هرگاه فرزندی بعد از رسیدن به سن کبر، به دلیل جنون یا سفه، رشید نشود، همچنان در ولایت پدر باقی می‌ماند[1].

۲. به موجب مادهٔ ۱۰۴۳ اصلاح شده ق.م.: «نکاح دختری که هنوز شوهرنکرده، اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد، متوقف به اجازهٔ پدر و جد پدری او است...».

۴۰۱. ارتباط قواعد حاکم بر این رابطه با نظم عمومی:

سلطهٔ پدر و مادر بر تربیت و ادارهٔ اموال کودک برای حمایت از او است و به همین جهت به نظم عمومی ارتباط دارد. بنابراین، زن و شوهر در روابط میان خود یا با دیگران نمی‌توانند به وسیلهٔ قرارداد خصوصی به قواعد آن تجاوز کنند، یا از بابت خدماتی که در اجرای تکالیف خود انجام می‌دهند دستمزد بخواهند.

برای مثال، کسی که ولایت یا حضانت با او است نمی‌تواند از آن بگذرد یا امتیازی را که قانون به او داده است به دیگری واگذار کند. همچنین، نمی‌توان در عقد نکاح یا پس از آن شرط کرد که طفل متولد از این پیمان بایستی به مذهب مادر خود که غیر مسلمان است درآید، یا در صورت جدایی زن و شوهر پدر حق ملاقات با کودک خود را نداشته باشد.

اکنون باید دید آیا به وسیلهٔ قرارداد خصوصی و تعیین وجه التزام می‌توان به طور غیر مستقیم پدر و مادری را از حق حضانت یا ولایت محروم کرد؟

برای مثال، اگر پدر و مادری فرزند خود را به بیگانه‌ای بسپارند و در قراردادی شرط کنند که اگر تقاضای ملاقات با طفل را کردند یا خواستند در تربیت او دخالتی کنند باید

۱. سید محمد مجاهد، مناهل، کتاب حجر.

مبلغی به عنوان وجه التزام بپردازند، آیا این وجه التزام در صورت تخلف پدر و مادر قابل مطالبه است؟

این قرارداد، به طور مسلم نمی‌تواند پدر یا مادر را انجام دادن تکالیفی که قانون به عهدهٔ آنان واگذار کرده است معاف کند و به استناد آن نیز دادگاه حق ندارد از صدور حکم به تحویل کودک به پدر و مادر امتناع ورزد، ولی آیا در رابطهٔ آنان با طرف قرارداد نیز نمی‌توان حاکمیت اراده را محترم شمرد و به وجه التزام مقرر در آن حکم داد؟

ممکن است استدلال شود که حضانت حق ابوین نیز هست. پس، اگر دربارهٔ استفادهٔ از این حق قرارداد بسته شود، تا جایی که به جنبهٔ تکلیفی آن صدمه‌ای نرساند، نافذ است. در این فرض نیز، با این که قرارداد تکلیف پدر و مادر را از بین نمی‌برد و مانع از دخالت آنان نمی‌شود، بایستی در روابط آنان با طرف قرارداد محترم باشد.

ولی، این استدلال را نباید پذیرفت. زیرا، اگر قبول شود که مبنای همهٔ قواعد مربوط به ولایت و حضانت حفظ همبستگی خانواده و حمایت از حقوق و شخصیت طفل است، دیگر نباید اختیاری را که پدر و مادر نسبت به نگاهداری شخصیت و اموال فرزند خود دارند حق آنان، به معنی مرسوم، شمرد. هدف از برقراری این حق در مرحلهٔ نخست حفظ حقوق و شخصیت طفل است که، بنا به فرض قانون، در کنار پدر و مادر بهتر از هر محیط دیگر تأمین می‌شود. پس، آنان نمی‌توانند دربارهٔ سرنوشت ودیعه‌ای که خداوند و جامعه به آنان سپرده است معامله کنند.

دولت نمی‌تواند اجرای تکالیف قانونی همهٔ مردم را به دقت بازرسی کند و امکان تنفیذ چنین قراردادهایی باعث می‌شود که بیم از پرداختن وجه التزام و طمع به دست آوردن پول پدر و مادر را از رعایت تکالیف اجتماعی بازدارد؛ کاری که اخلاق و قانون آن را مجاز نمی‌داند.

در مورد تکلیف به انفاق نیز، چون نفقهٔ اقارب به منظور تأمین معاش آنان و حفظ همبستگی اعضای خانواده است، احکام راجع به آن از قواعد مربوط به نظم عمومی

است؛ پس، اگر پدری حق درخواست نفقه از فرزند خود را در موارد اضطرار سلب یا آن را به فرزند صلح کند، این اعمال نمی‌تواند مانع از خواستن نفقه شود.

با وجود این، هرگاه زن و شوهری در بارهٔ تقدم در پرداخت هزینهٔ طفل خود قراری بگذارند، مفاد آن تا جایی که اجرای آن به حقوق طفل زیان نرساند محترم است.

۴۰۲. اقتدار پدر و مادر نسبت به فرزند مطلق نیست:

چنان‌که گفته شد، پدر و مادر در مقام اجرای تکالیف خود حق دارند شیوهٔ تربیت و ادارهٔ اموال فرزند خود را، چنان‌که مصلحت می‌بینند، انتخاب کنند. ولی، این اختیار به آنان داده شده است تا به مصلحت طفل و خانواده مورد استفاده قرار گیرد. پس، هرجا که از این حق سوءاستفاده شود، دادگاه می‌تواند از تجاوز پدر و مادر جلوگیری کند. برای مثال، اگر پدری با ازدواج دختر بالغ خود به بهانه‌های نامشروع مخالفت کند، دادگاه می‌تواند آن را اجازه دهد (مادهٔ ۱۰۴۳ ق.م.).

در سایر موارد نیز، هر جا که ثابت شود اقدام پدر یا مادر خارج از حدود متعارف یا به قصد آزار کودک یا انتقام‌جویی از همسر خویش است، دادگاه باید از سوءاستفاده جلوگیری کند. همچنین، اگر ثابت شود که ولی صغیر غبطهٔ او را در معامله‌ای رعایت نکرده و درصدد تفریط مال مولی علیه بوده است، معامله خارج از حدود نیابت و فضولی است.

گذشته از اینها، هرگاه ثابت شود که در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت او است صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر است، محکمه می‌تواند حضانت را به دیگران بسپارد (مادهٔ ۱۱۷۳ ق.م.). و در صورت اثبات بی لیاقتی و عدم امانت ولی ضم، امین کند (مادهٔ ۱۱۸۴ ق.م.).

منتها، یادآوری این نکته لازم است که، در مقام ابطال اعمالی که پدر و مادر انجام داده‌اند یا کاستن از اختیارات ایشان، نباید به افراط گرایید و، به این بهانه که مصلحت طفل بهتر رعایت می‌شود، در امر خانواده دخالت کرد.

پدر و مادر، در عین حال که مکلف به اجرای وظایفی هستند، برای اجرای این

وظایف حق هم دارند و در ردیف بیگانگان نیستند تا دادگاه بتواند بهترین مأمور را آزادانه انتخاب کند. پس، دخالت دادگاه در صورتی مباح است که ضرورت داشته باشد. باید حدود متعارف کار پدران و مادران جامعه را در نظر داشت و هر ترک اولی را بر آنان خرده نگرفت.

مبحث دوم: حضانت (نگاهداری و تربیت طفل)

۴۰۳. تقسیم مطالب:

احکام مربوط به حضانت را در چهار گفتار جداگانه بررسی می‌کنیم:

۱. درگفتار نخست از مفاد و قلمرو حضانت بحث می‌شود و در آن خواهیم دید که چه حقوق و تکالیفی از آن سرچشمه می‌گیرد.

۲. گفتار دوم به تعیین کسانی که عهده‌دار حضانت هستند اختصاص دارد و ترتیب تقدم پدر و مادر و اختیار دادگاه در زمان زوجیت و پس از جدایی زن و شوهر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳. گفتار سوم مربوط به موانع اجرا یا عوامل سقوط حضانت است.

۴. گفتار چهارم ویژهٔ مسؤولیت ناشی از حضانت در برابر کودک و دیگران است.

گفتار نخست : مفاد و قلمرو حضانت

۴۰۴. مفهوم حضانت و عناصر آن:

«حضانت» عبارت از اقتداری است که قانون به منظور نگاهداری و تربیت اطفال به پدر و مادر آنان اعطا کرده است. در این اقتدار، چنان‌که گفته شد، حق و تکلیف به هم آمیخته است. حقوق پدر و مادر وسیلهٔ اجرای تکالیف آنان است و می‌توان آن را به دو

عنصر نگاهداری و تربیت طفل تجزیه کرد:

این دو عنصر به دشواری در عمل جدای از هم تصور می‌شود. زیرا شیوهٔ نگاهداری کودک در پرورش استعدادهای او مؤثر است و زمینهٔ آموزش به او را نیز فراهم می‌سازد. با وجود این، آن‌چه به طور مستقیم ناظر به پذیرفتن کودک و پرستاری و تأمین نیازهای مادی و معنوی او است، مانند تهیهٔ غذا و مسکن و لباس و پرستار، در زمرهٔ کارهای مربوط به نگاهداری است. ولی، هدایت او در شناسایی محیط و آموختن تجربهٔ زندگی وعادات و رسوم آن و تأمین وسیلهٔ تحصیل و مانند اینها در شمار تکالیف مربوط به تربیت کودک است.

۴۰۵. ناتوانی حقوق:

باید به خاطر داشت که همهٔ تکالیف اخلاقی پدر و مادر و فرزندان را در برابر یکدیگر نمی‌توان در قلمرو حقوق نهاد. قانون در این وادی ناتوان‌تر از روابط زن و شوهر است. زیرا فرض این است که زن و شوهر از حقوق خود در برابر هم آگاهند و کم و بیش توان دفاع از آن و رجوع به دادگاه را دارند. وانگهی، رابطهٔ زن و شوهری، با همهٔ شکوه و اهمیتی که در اخلاق و قوانین دارد، رابطه‌ای گسستنی است و همسران ناخرسند می‌توانند انحلال نکاح نامتناسب و شکست خورده را از دادگاه بخواهند و مهری را که در دل داشته‌اند بیرون کنند. ولی، در رابطهٔ پدر و مادر و فرزندان، یکی از دو طرف ناتوان و بی تجربه و طرف دیگر عاشق و خطاپوش است. طبیعت آنان را چنان به هم پیوند داده است که، جز در موارد نادر، هیچ کدورتی نمی‌تواند آن را به طور قطع پاره کند. اگر هر یک از دو طرف به راهی که قانون معین کرده است نرود، امکان رجوع دیگری به دادگاه ناچیز است: از ستم پدر و مادر و بی‌مبالاتی آنان کسی آگاه نمی‌شود و نافرمانی و سرکشی فرزند نیز به دادگاه نمی‌رود.

از اینها گذشته، کارهایی که لازمهٔ نگاهداری و تربیت کودک است چندان گونه‌گون و پیچیده است که حقوق نمی‌تواند ارزش تمام عناصر آن را بسنجد یا برای آنها ضمانت اجرای مؤثر فراهم آورد. پس، ناچار به وضع قواعد مجرد اکتفا می‌کند و اجرای آن را به دلسوزی و محبت و کاردانی پدر و مادر و ادب فرزند می‌سپارد؛ جهانی که جز اخلاق

قاعده‌ای در آن راه ندارد و هیچ نیروی مادی برای ایجاد نظم‌آن کارگر نمی‌افتد[1].

با وجود این، قانون به تضمین قواعدی که در باب حضانت وضع کرده است بی اعتنا نمانده و از راههای کیفری و حقوقی گوناگون اقتدار پدر و مادر را تأمین و آنان را به اجرای تکالیفشان وادار کرده است.

الف : نگاهداری کودک

۴۰۶. معنی نگاهداری:

چنان که گفته شد، نگاهداری، به معنای عام آن، شامل همهٔ کارهایی است که برای سرپرستی و مواظبت از کودک لازم است. قانون نمی‌تواند تمام لوازم نگاهداری را تعیین کند و برای آن ضمانت اجرا قرار دهد. ولی، پذیرفتن طفل در کانون خانوادگی یا تهیهٔ محل سکنای مناسب دیگر، از جمله اقدام‌هایی است که، نه تنها اجرای آن می‌تواند به آسانی مورد نظارت قرار گیرد، نشانهٔ انجام دادن سایر مواظبت‌ها نیز هست. به همین جهت، پاره‌ای از نویسندگان نگاهداری به معنی خاص را ناظر به تهیهٔ مسکن دانسته‌اند[2].

به موجب مادهٔ ۱۰۰۶ قانون مدنی، اقامتگاه کودک اقامتگاه پدر اوست. به طور معمول نیز، تا زمانی که زن و شوهر با هم بسر می‌برند و آسیبی به بنیان خانواده نرسیده است، پدر به عنوان رئیس خانواده محل سکونت طفل را معین می‌کند. با وجود این، هرگاه در اثر جدایی زن و شوهر و تصمیم دادگاه حضانت به پدر واگذار نشود ممکن است کودک محل سکونت دیگری داشته باشد.

۱. در اخلاق عالم آرا (محسنی) فصلی در سیاست اولاد و تربیت احفاد است، در بخشی از این فصل آمده است: «بر مادر و پدر و اجب است که در تربیت جسمانی و پرورش روحانی او کمال سعی به تقدیم رسانند. و چنانچه به حکم شفقت از آفات آب و آتش او را نگاه می‌دارند، از شر صفات مهلکه‌اش نیز باید که برهانند، که فرزند امانتی است از حق تعالی که به دست پدر و مادر سپرده‌اند و او را محض برای طاعت و عبادت خود به عالم به وجود آورده.

اگر پدر و مادر آیینهٔ حقیقت او را که هنوز ازگرد معاصی مصفا است در پردهٔ عصمت حفظ نمایند و دامن طبیعت او را به الواث ذمایم اوصاف نیالایند، در اعمال حسنه که تا آخر عمر از او صادر شود با او شریک باشند. و اگر به تربیت او نپردازند و او را در قیود معاصی اسیر سازند، مادر و پدر را از گناه فرزند بازپرس خواهد بود» (ص ۱۳۵).

۲. مارتی و رینو، ج ۱، بخش ۲، اشخاص، ش ۲۳۵.

بنابراین، کسی که نگاهداری کودک را به عهده دارد، می‌تواند او را مجبور سازد که در محل انتخاب شدهٔ او سکونت کند و طفل، تا زمانی که به سن رشد نرسیده است، حق ندارد آن مسکن را ترک کند (مستفاد از مادهٔ ۱۱۷۷ قانون مدنی)[۱].

حکم مادهٔ ۱۰۰۶ به این دلیل اقامتگاه صغیر را همان اقامتگاه ولی یا قیم معین کرده است که طفل نمی‌تواند دربارهٔ محل سکنای خود تصمیم بگیرد[۲].

چهرهٔ دیگر نگاهداری طفل این است که سرپرست مانع از آسیب‌رساندن او به دیگران شود. کودک، به ویژه در سال‌های نوپایی، اگر آزاد بماند، همیشه احتمال دارد که باعث زیان همسایگان شود و حتی در سن تمیز نیز به اقتضای سن چنان‌که باید محتاط نیست. پس، پدر و مادر باید او را از انجام کارهای خطرناک بازدارند و وادار به دوراندیشی و احترام به حقوق دیگران سازند.

۴۰۷. آیا شیردادن از لوازم نگاهداری است؟

شیر مادر بهترین غذای کودک در ماههای نخستین تولد است. حمایت از کودک ایجاب می‌کند که این وسیله از او دریغ نشود؛ چنان که طبیعت نیز چنین خواسته است و قانون نیز بر همین مبنا حضانت را با مادر می‌داند.[۳]

با وجود این، چون شیر دادن احتمال دارد باعث زیان مادر شود و در واقع نوعی فداکاری است، حقوق این انتظار را از مادر ندارد، چنان که مادهٔ ۱۱۷۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «**مادر مجبور نیست به طفل خود شیر بدهد...**» و در فقه نیز، با این که بسیاری از قواعد حقوقی با احکام اخلاقی همراه است، بیشتر فقیهان شیر دادن کودک را به وسیلهٔ مادر مستحب می‌دانند ولی اجبار او را جایز نمی‌شمرند و اعتقاد دارند که مادر در این باره اختیار دارد و می‌تواند برای شیر دادن به طفل خود مطالبهٔ اجرت کند[۴] و فقط بعضی

۱. مادهٔ ۳۷۴ قانون مدنی فرانسه بر این امر تصریح کرده است.

۲. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۲۸۹.

۳. از حضرت امیر مؤمنان علی(ع) روایت شده است که فرمود: «ما من لبن وضع به الصبی اعظم برکة علیه من لبن امه» نقل از: شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۸۱).

۴. محقق، شرایع، کتاب نکاح ـ سید علی طباطبایی، ریاض، ج ۲، کتاب نکاح ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر،

از آنان دادن شیری را که هنگام تولد طفل در پستان مادر جمع می‌شود(لباء) و به طور معمول تا سه روز به بچه داده می‌شود واجب شمرده‌اند[1].

بدین ترتیب، بر خلاف مورد حضانت، که حق مادر از لوازم تکلیف او است، شیردادن به واقع «حق» مادر است: اگر بخواهد از این حق استفاده کند پدر یا مقام عمومی نمی‌تواند مانع او شود؛ ولی، هرگاه مایل نباشد، اجبار او امکان ندارد.

باید دانست که اختیار مادر نسبت به شیر دادن فرزند خود در موردی است که تغذیهٔ او به وسایل دیگر ممکن باشد. بنابراین، هرگاه از نظر پزشکی شیر مادر تنها وسیلهٔ تغذیهٔ طفل باشد یا به دلیل عسرت پدر و مادر یا حوادث قهری امکان تهیهٔ شیر خشک یا غذای مناسب دیگر ممکن نباشد، شیر دادن از تکالیف مادر است و حق ندارد از آن امتناع کند؛ چنان‌که در پایان مادهٔ ۱۱۷۶ و پس از اعلام مجبور نبودن مادر چنین آمده است: «... مگر در صورتی که تغذیهٔ طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد».

۴۰۸. ضمانت اجرای حق و تکلیف نگاهداری:

ضمانت اجرای قواعد مربوط به نگاهداری را، از نظر حقی که پدر و مادر در این باره دارند و تکالیفی که به عهدهٔ آنان نهاده شده است، می‌توان به دو گروه تقسیم کرد:

۱. **ضمانت اجرای حق نگاهداری:** هرگاه فرزندی از خانهٔ پدری بگریزد یا دیگری او را نزد خود ببرد، پدر و مادر می‌توانند از دادگاه بخواهند تا به بازگشت فرزندشان حکم دهد. اجرای حکم، در مرحلهٔ نخست به طور مستقیم انجام می‌شود و مأموران اجرا کودک را به اقامتگاه قانونی خود باز می‌گردانند. ولی، در صورتی که اجرای مستقیم حکم ممکن نباشد، خواهان می‌تواند از دادگاه برای نگاهدارندهٔ طفل و خود او از نظریهٔ اجبار مالی استفاده کند. همچنین، می‌توان از این بابت درخواست صدور حکم به جبران خسارت مادی و معنوی کرد.

جلد نکاح، در رضاع و حضانت ـ محقق قمی، جامع الشتات، کتاب نکاح، ص ۴۸۲ (که شیر دادن و حضانت را حق مادر می‌داند) ـ سبزواری، کفایه، ص ۱۹۳.

۱. علامهٔ حلی، قواعد، ج ۲، ص ۵۱ ـ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۱۲.

همین ترتیب، در موردی جاری است که دادگاه حضانت را به پدر یا مادر می‌سپارد و دیگری مزاحم اجرای وظایفی می‌شود که قانون برای او مقرر کرده است.

از نظر کیفری نیز حق پدر و مادر بدون ضمانت اجرا نمانده است: به موجب مادهٔ ۶۳۱ قانون مجازات اسلامی تعزیرات): «هرکس طفلی را که تازه متولد شده است بدزدد یا مخفی کند یا او را به جای طفل دیگر یا متعلق به زن دیگر غیر از مادر طفل قلمداد نماید به شش ماه تا سه سال حبس محکوم خواهد شد...».

و بر طبق مادهٔ ۶۳۲: «اگر کسی از دادن طفلی که به او سپرده شده در موقع مطالبهٔ اشخاصی که قانوناً حق مطالبه دارند امتناع کند به مجازات از سه ماه تا شش ماه حبس یا به جزای نقدی از یک میلیون و پانصد هزار تا سه میلیون ریال محکوم خواهد شد».

سرانجام، در قانون مربوط به حضانت، که به صورت مادهٔ واحده در تیرماه ۱۳۶۵ به تصویب رسیده است، می‌خوانیم:

«چنانچه به حکم دادگاه خانواده یا قائم مقام آن دادگاه حضانت طفل به عهدهٔ کسی قرار گیرد و پدر یا مادر یا شخص دیگری مانع اجرای حکم شود و یا از استرداد طفل امتناع ورزد، دادگاه صادر کنندهٔ حکم وی را الزام به عدم ممانعت یا استرداد طفل می‌نماید و در صورت مخالفت به حبس تا اجرای حکم محکوم خواهد شد». در این ماده، حبس جنبهٔ کیفری ندارد و به عنوان وسیلهٔ اجبار به انجام تعهد و اجرای حکم دادگاه مورد استفاده قرار می‌گیرد. به همین جهت، میزان آن معین نیست و تا زمان اجرای حکم ادامه می‌یابد.

۲. در مورد پدر یا مادری که طفل ناتوان از محافظت خود را رها در محلی خالی از سکنه می‌کنند، مادهٔ ۶۳۳ همان قانون مجازات مقرر داشته است و مادهٔ ۱۱۷۲ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «هیچیک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهدهٔ آنها است از نگاهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابوین حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی العموم نگاهداری طفل را به هر یک از ابوین که حضانت به عهدهٔ اوست الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند».

به موجب مادهٔ ۶ قانون بیماری‌های آمیزشی مصوب ۱۳۲۰، اگر ولی یا سرپرست صغیر یا سفیه یا دیوانه در معالجهٔ آنان مسامحه کند، مجرم است (همچنین رجوع شود به مواد ۱۱و ۱۶ در مورد الزام به آبله‌کوبی). قانون تأمین وسایل و امکانات تحصیل اطفال و جوانان ایرانی مصوب ششم مرداد ۱۳۵۳ نیز پدر یا مادری را که مانع از تحصیل فرزند خود (کمتر از ۱۸ سال) تا پایان دوران متوسطه شود یا نام او را برای تحصیل ننویسد مجرم دانسته است (مادهٔ ۴ قانون).

گذشته از اینها، هرگاه در اثر کوتاهی پدر یا مادر در نگاهداری کودک خسارتی برای دیگران به بار آید، سرپرست طفل مسؤول زیان وارد شده است (مادهٔ ۷ قانون مسؤولیت مدنی)[1]. به همین قیاس، زیان‌های وارد شده به خود طفل را نیز، هرگاه از تقصیر سرپرست در نگاهداری باشد، باید بر عهدهٔ او دانست.

۴۰۹. هزینهٔ نگاهداری:

شاید در ابتدا به نظر آید که هزینهٔ نگاهداری و تربیت طفل پولی است که، از بابت الزامی که در بارهٔ انفاق به اقارب به عهدهٔ خویشان در خط مستقیم است، پرداخته می‌شود. این تصور، از این جهت که دادن هزینهٔ حضانت نیز نوعی انفاق به خویشان است و قواعد آن احکام راجع به نفقه را کامل می‌سازد، نادرست نیست. ولی، نباید موجب اختلاط این دو مفهوم شود. هزینهٔ نگاهداری تکلیفی است خاص که قانونگذار بر عهدهٔ پدر و مادر قرار داده است و احکام آن از جهات گوناگون با قواعد مربوط به نفقهٔ اقارب تفاوت دارد:

۱. به موجب مادهٔ ۱۲۰۴ قانون مدنی: **«نفقهٔ اقارب عبارتست از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت بقدر رفع‌حاجت، با در نظر گرفتن درجهٔ استطاعت منفق»**. بنابراین، اگر هم بتوان عناصر آن را توسعه داد، به طور مسلم محدود به وسایل گذران و معاش است، در حالی که تکلیف پدر و مادر شامل ایجاد امنیت و نظارت و مواظبت دایم از سلامت روح و جسم کودک و انجام دادن اموری، مانند زدن واکسن ضد بیماری و فراهم آوردن وسایل

۱. همین دوره از حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ج ۲، مسؤولیت‌های خاص و مختلط، ش ۳۵۵ به بعد.

تفریح و تحصیل کودک در حدود شؤون خانوادگی، نیز هست و دامنه‌ای وسیع‌تر از تکلیف به انفاق دارد، به همین جهت، کودکی که توانایی کارکردن را دارد، ولی تأمین رشد روحی و ادامهٔ تحصیل او مانع از کارکردن است، می‌تواند از پدر خود نفقه بگیرد.

۲. انفاق به خویشان تعهد متقابلی است که اقارب در خط مستقیم در برابر هم دارند، ولی الزام به دادن هزینهٔ حضانت ویژهٔ پدر و مادر است و تکلیف فرزند توانا در برابر پدر و مادر ناتوان بدین وسعت نیست.

۳. الزام به انفاق خویشان محدود به دورهٔ معینی از عمر نیست و همیشه ادامه دارد، در حالی که تکلیف پدر و مادر اصولاً محدود به دوران کودکی فرزند است و پس از رسیدن به سن کبر (یا مدتی پس از آن) پایان می‌پذیرد.

۴. به موجب مادهٔ ۱۱۹۹ قانون مدنی: «نفقهٔ اولاد بر عهدهٔ پدر است و پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به انفاق به عهدهٔ اجداد پدری است، با رعایت الاقرب فالاقرب. در صورت نبودن اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها، نفقه به عهدهٔ مادر است...». ولی به موجب مادهٔ ۱۱۷۲ همان قانون، هزینهٔ حضانت به عهدهٔ پدر و در صورت فوت او با مادر است و این تکلیف به سایر خویشان نمی‌رسد.

بنابراین هزینهٔ نگاهداری کودک چهرهٔ خاصی از نفقهٔ اقارب است که همراه با احکام ویژه‌ای شده و موضوع آن گسترش یافته است و این تعهد را تنها پدر و مادر به گردن دارند.

این نکته را نیز باید افزود که پدر یا مادری که نگاهداری طفل به عهدهٔ او است، نمی‌تواند از بابت خدماتی که در اجرای تکلیف خود انجام می‌دهد از دیگری دستمزد بخواهد و آن‌چه گفته شد دربارهٔ هزینه‌های دیگر است. این هزینه‌ها را کسی که به حکم قانون یا دادگاه نگاهداری به عهدهٔ او است همیشه نمی‌پردازد. تأمین مخارج نگاهداری در مرحلهٔ نخست با پدر است، مگر این که دادگاه ترتیب دیگری را مصلحت بداند.

۴۱۰. تکلیف پرداخت هزینه مشروط به نیاز کودک است:

از آن‌چه دربارهٔ ویژگی‌های تکلیف پدر و مادر در تأمین هزینهٔ حضانت گفته شد،

نباید چنین استنباط شود که این تکلیف به کلی مستقل از قواعد مربوط به نفقهٔ اقارب است. پرداخت هزینهٔ حضانت به همان منظور وبرای تکمیل قواعد انفاق به عهدهٔ پدر و مادر نهاده شده است و بنابراین، جز در مواردی که طبیعت آن حکم خاصی را ایجاب می‌کند، تابع قواعد انفاق به خویشان است.

پس، تکلیف مربوط به تأمین هزینه‌های نگاهداری و تربیت کودک در صورتی ایجاد می‌شود که او از نظر مالی نیاز به آن داشته باشد. به طور معمول، کودک ثروتی ندارد که او را از کمک پدر و مادر بی نیاز سازد. ولی، هرگاه چنین نباشد، مخارج لازم از اموال او پرداخته می‌شود و پدر و مادر به پرداختن هزینه‌های اضافی اجبار می‌شوند.

۴۱۱. دوران نگاهداری؛ قاعده:

حقوق و تکالیف مربوط به حضانت طفل، به دلیل آمیخته شدن حق و تکلیف و وابستگی آن به رابطهٔ عاطفی پدر و مادر و فرزندان، جنبهٔ شخصی دارد و در اثر فوت پایان می‌پذیرد و به وارثان متوفی انتقال نمی‌یابد[۱]:

با مرگ فرزند، بی‌گمان حضانت موضوع خود را از دست می‌دهد و جز حق پدر و مادر نسبت به یادگارهای فرزنداثری از آن باقی نمی‌ماند.

همچنین، پس از مرگ پدر یا مادری که حضانت با او است، قانون تکلیف نگاهداری از فرزند را معین می‌کند و بازماندگان متوفی حق یا تکلیفی در این باره ندارند. با وجود این، مادهٔ ۱۱۸۸ قانون مدنی به پدر و جد پدری اختیار داده است که برای فرزند تحت ولایت خود وصی معین کنند. وصی ممکن است مأمور ادارهٔ دارایی طفل و نگاهداری و تربیت او شود و می‌تواند اختیار تعیین وصی پس از خود را نیز داشته باشد (مواد ۱۱۸۹ و ۱۱۹۰ ق.م).[۲]

۱. چنانکه گفته شد، حضانت در زمان حیات نیز قابل انتقال به دیگری نیست و برای مطالعه در این باره، در حقوق فرانسه، رجوع شود به: پلنیول و ریپر و ساواتیه، ج۱، ش ۳۴۰ـ و در حقوق انگلیس: بیروملی، حقوق خانواده، ص ۳۱۰.

۲. تفصیل این مطلب و چگونگی تداخل ولایت و حضانت را به مبحث سوم وا می‌گذاریم (ش ۴۳۹).

رسیدن به سن کبر نیز به طور معمول پایان دورهٔ نگاهداری است[1]، و می‌توان گفت کسی که رشد او به حکم قانون احراز یا در دادگاه ثابت شده است نیاز به نگاهداری نیز ندارد. مبنای مهم حضانت حمایت از کودک است و کودکی که به حکم دادگاه صلاحیت ادارهٔ امور خود را پیدا کرده است، دیگر نیازمند مواظبت پدر و مادر نیست.

اکنون باید دید، آیا به همین قیاس می‌توان ادعا کرد که، هرگاه کودکی بعد از رسیدن به سن بلوغ به دلیل سفه یا جنون رشید نشود، حضانت از او نیز مانند ولایت بر عهدهٔ پدر و مادر است؟

پاسخ این پرسش از لحاظ نظری منفی است، زیرا سفیه بالغ نیاز به حضانت ندارد و ولی باید بر تصرفات مالی غیر رشید نظارت کند. در مورد دیوانه نیز باید تکلیف پدر و مادر را پایان یافته دانست. آنان باید از طفل خود مواظبت کنند و نمی‌توان ادعا کرد که مسؤول جنون فرزند خود تا پایان عمر هستند. بعد از بلوغ، نسبت به نیازهای مالی فرزند، قواعد مربوط به نفقهٔ اقارب حکومت می‌کند و نگاهداری از دیوانه نیز تابع ولایت می‌شود .زیرا، اختیار تعیین وصی برای نگاهداری و تربیت فرزندی که جنون او متصل به صغر است، دلیل بر این است که مواظبت از چنین فرزندی با ولی قهری است. به همین جهت نیز گفته شد که از لحاظ نظری حضانت دیوانه با رسیدن به سن بلوغ پایان می‌پذیرد. زیرا، پدر و جد پدری به عنوان ولی، همان وظیفه را به عهده دارند.

با وجود این، قانون واگذاری حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها مصوب هشتم دی ماه ۱۳۶۰ حضانت فرزند محجوری را که پدر او فوت کرده است با مادر می‌داند، خواه جنون و سفه متصل به زمان کودکی باشد یا پس از بلوغ عارض گردد.

این ماده، از نظر ارجی که به مادر گذارده است منطقی به نظر می‌رسد، ولی معلوم نیست فوت پدر چه ارتباطی به حضانت از این محجوران دارد؟ آیا حضانت از محجوری که پس از بلوغ رشید نمی‌شود یا در زمان کودکی به جنون مبتلا می‌گردد با پدر است؟

---

۱. در کامن لا نیز رسیدن به سن کبر (۲۱ سالگی) باعث از بین رفتن حضانت می‌شود، ولی به موجب قانون اصلاحی خانواده در ۱۹۶۹ در انگلیس بعد از ۱۸ سال تمام حضانت پایان می‌پذیرد (بروملی، حقوق خانواده، ص ۳۰۹).

در این فرض، چنان‌که گفته شد، حضانت از محجور از توابع ولایت است ولی، در مورد جنون وسفه عارض شده پس از بلوغ و رشد، فرض ادامهٔ ولایت مطرح نیست و پدر نقشی در حضانت به عهده ندارد که پس از فوت مادر جانشین او گردد. پس، باید گفت که سمت مادر در این فرض نوعی حضانت مستقل است که در قوانین ما سابقه ندارد.

۴۱۲. ادامهٔ استثنایی حضانت در دوران انتقالی:

پرسشی که به ذهن هر اندیشمند می‌رسد این است که، آیا تکلیف مربوط به تأمین هزینه‌های نگاهداری و تربیت طفل با رسیدن او به سن بلوغ به طور مطلق پایان می‌پذیرد و از این پس رابطهٔ پدر و مادر و فرزند تابع قواعد مربوط به خویشان در خط مستقیم است، یا دست کم در پاره‌ای از زمینه‌ها باید آن را باقی دانست؟

قانون مدنی در این باره حکمی ندارد و از اصول کلی و به کارگرفتن واژهٔ «طفل» در مواد قانون چنین بر می‌آید که اصولا تکلیف پدر و مادر با کبیر شدن فرزند پایان می‌پذیرد. ولی، آیا می‌توان ادعا کرد که در این استنباط استثنا راه ندارد و داوری عادات اجتماعی و اخلاق به این قاعده انعطاف نمی‌بخشد؟

فرض کنیم پسری در سنی نزدیک به ۱۵ سالگی سال‌های آخر دبیرستان را می‌گذراند و در آرزوی آن است که به دانشگاه رود. در این هنگام به سن رشد می‌رسد و از ولایت پدر خارج می‌شود. او توانایی کارکردن را دارد و اگر پدر تکلیفی خاص در تربیت او نداشته باشد، از نظر اجرای قواعد مربوط به انفاق اقارب (مادهٔ ۱۱۹۷ ق.م.) نمی‌توان او را به پرداخت هزینهٔ زندگی و تحصیل فرزند مجبور ساخت. ولی، آیا داوری اخلاق و عرف چنین است؟

مثال دیگر: دختری پس از بلوغ در آغاز فراگیری خواندن و نوشتن است یا به انتظار یافتن شغلی مناسب یا شوهر در خانهٔ پدری می‌ماند. آیا در چنین دوران حساس و بحرانی پدر می‌تواند از نگاهداری او امتناع کند و، به این بهانه که دختر توانایی کارکردن را دارد، او را از خانه براند؟ و آیا می‌توان پذیرفت که چنین پدری به وظیفهٔ اجتماعی و

حقوقی خود در تربیت و نگاهداری فرزند و بزرگ کردن طفل و تحویل آن به جامعه عمل کرده است؟

به دلایلی از این گونه است که جامعه شناسان پیرو مکتب لوپلی (Le play) از این که تکالیف مربوط به حضانت طفل با رسیدن به سن کبر یکباره قطع می‌شود ابراز نگرانی و تأسف کرده‌اند[1]، و هم اکنون نیز در فرانسه تمایل تازه‌ای به وجود آمده است که پاره‌ای از تکالیف پدرو مادر (به ویژه تأمین هزینهٔ تحصیل فرزندی که در زمان کودکی آن را آغاز کرده است) تا پاسی بعد از سن رشد باقی بماند[2].

به ویژه، در حقوق کنونی، که سن بلوغ دختر در آستان دوران تمیز او است، دورانی که به طور معمول کودک به تحصیل می‌پردازد، چگونه می‌توان چنین نهال نوخاسته‌ای را از حمایت خانواده محروم کرد یا ناگزیر ساخت که به هزینهٔ خود زندگی کند؟

حقوق در سایهٔ عدالت و اخلاق پرورده می‌شود وبه کمال می‌رسد و به چنین بی عدالتی تن نمی‌دهد. وانگهی، آیا دولتی که یکی از وظایف آن «ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او» است (بند ۱ از اصل ۲۱ قانون اساسی) می‌تواند از چنین قاعده‌ای حمایت کند؟

پس، می‌توان گفت، چون قانون در بارهٔ تاریخ پایان دورهٔ حضانت حکم صریحی ندارد، دادرس باید روح قانون (حمایت از جوانان و تأمین نیروی انسانی سالم و کارآمد برای جامعه) و عرف و عادت مسلم را در چنین مواردی محترم بدارد و در هر مورد که دوران انتقال فرزند از خانواده به جامعه نیاز به ادامهٔ تکالیف پدر و مادر دارد، در شناسایی و تضمین آن تردید نکند.

به اضافه، در مورد دختری که هنوز شوهر نکرده است، می‌توان اختیار پدر در اجازه و رد ازدواج او را زمینه‌ای برای حکم به بقای تکلیف متقابل این اختیار قرارداد.

۱. پلنیول و ریپر و ساواتیه، ج ۱، ش ۳۰۶ ـ ابری و رو، ج ۹، بخش ۴۵۹.

۲. مارتی و رینو، ج ۱، ش ۲۳۷ ـ مجلهٔ سه ماههٔ حقوق مدنی ۱۹۵۱، ص ۳۶۵، ملاحظات لاگارد ـ همان مجله ۱۹۶۲، ص ۵۴۵ با ملاحظات ابرو (Hebraud) ـ ژوریس کلاسور ۱۹۶۴، ج ۲، ش ۱۳۵۱، با یادداشت رنه ساواتیه.

بند ۳ مادهٔ ۵۸ قانون تأمین اجتماعی مصوب تیرماه ۱۳۵۴ نیز، بر مبنای همین فکر، فرزندان بیمه شده را که بر طبق گواهی یکی از مؤسسات رسمی آموزشی به تحصیل اشتغال دارند و دختران را تا بیست سالگی، به شرط نداشتن شوهر، جزء خانوادهٔ بیمه شده می‌آورد: یعنی، فرض می‌کند که تأمین معاش این گونه فرزندان هنوز بر عهدهٔ پدر یا مادر است (تبصرهٔ یک از مادهٔ ۷۲ همان قانون). وجود همین فرض نیز می‌تواند دلیل بارزی بر بقای تکلیف پدر و مادر یاد شده به شمار رود. باید افزود که مادهٔ واحدهٔ قانون اصلاح تبصرهٔ ۲ قانون اجازهٔ پرداخت وظیفه و مستمری وراث کارمندان مصوب ۱۳۶۳/۱۰/۲ دختران را تنها به شرط نداشتن شوهر و حرفه و شغل مستحق مستمری دانسته است.

۴۱۳. حق ملاقات به عنوان عامل محدود کنندهٔ حق نگاهداری:

یکی از نتایج مهم نگاهداری این است که طفل نمی‌تواند بدون اجازهٔ سرپرست از محل سکونت خود خارج شود و با دیگران ملاقات کند. نظارت بر معاشرت‌های کودک جنبهٔ تربیتی نیز دارد. پس، کسی که حضانت با او است، می‌تواند از معاشرت کودک با کسانی که صلاح نمی‌داند جلوگیری کند.

ولی، بر مبنای این حق نمی‌توان کودک را از دیدن کسان و نزدیکان خود محروم کرد به ویژه، در موردی که پدر و مادر کودک از هم جدا می‌شوند و او ناچار است که بر خلاف میل خود از پدر یا مادر جدا بماند. ممنوع کردن او از ملاقات عزیزی که از دست داده است، از نظر عاطفی ناگوارتر از آن است که طفل بتواند تحمل کند. از سوی دیگر، پدر یا مادری که از نگاهداری فرزند خود به دلیلی محروم شده است، نباید از ملاقات با او نیز منع شود و ودیعه‌ای را که خداوند به او سپرده است یکباره از دست بدهد.

مادهٔ ۱۱۷۴ قانون مدنی، بر مبنای همین مصالح، مقرر می‌دارد: «در صورتی که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر ابوین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند، هر یک از ابوین که طفل تحت حضانت او نمی‌باشد، حق ملاقات طفل خود را دارد. تعیین زمان و

مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوط به آن در صورت اختلاف با محکمه است».[1]

ولی، باید دانست که این حق تنها به پدر و مادر تعلق ندارد. نه تنها در صورت غیبت یا فوت پدر و مادر دادگاه می‌تواند ملاقات با سایر خویشان را جایگزین آن سازد، در هیچ حال اجداد پدری و مادری را نیز نباید از ملاقات با کودک منع کرد:

جد پدری را قانون مدنی در شمار پدر در زمرهٔ اولیای قهری می‌داند و در فقه بسیاری از نویسندگان رأی او را برتر از پدر می‌دانند. تأمین مخارج کودک نیز در صورت لزوم به عهدهٔ اجداد است (مادهٔ ۱۱۹۹ ق.م). از نظر سنت‌های اخلاقی و عادات و رسوم نیز احترام به اجداد واجب است وگاه اینان دلسوزتر از پدر و مادر کودک به حال او هستند. بنابراین، حق ملاقات اجداد بانوادهٔ خود را دادگاه به استناد روح قوانین و عرف و عادت مسلم باید بشناسد.

علاوه بر این، در هر مورد که دادگاه ملاقات با سایر خویشان، به ویژه برادران و خواهران طفل، را از نظر عاطفی ضروری یا مفید بداند، می‌تواند سرپرست او را به فراهم آوردن وسایل آن مجبور سازد.

رعایت حق ملاقات از طرف سرپرست طفل بدون ضمانت اجرا نیز نمانده است: تبصرهٔ مادهٔ ۱۴ قانون حمایت خانواده، برای تأمین اجرای این حق خارج کردن طفل را از کشور بدون رضایت والدین یا اجازهٔ دادگاه (در موارد ضروری) ممنوع ساخته است و به کسی که حضانت با او است اجازه نمی‌دهد، جز با شرایط یاد شده، محل سکونت طفل را تغییر دهد.

ب : تربیت کودک

۴۱۴. حق و تکلیف پدر و مادر:

گذشته از نگاهداری و تأمین معاش کودک، تربیت او نیز به عهدهٔ پدر و مادر یا کسی

۱. در رأی شمارهٔ ۸۰ـ ۶۳/۳/۲۶ دادگاه خانواده (شعبهٔ ۱۰۵)، دادگاه ضمن دادن اذن به زوجه در بارهٔ استفاده از وکالت شوهر در طلاق، و در پایان حکم افزوده است: «.. و برای زوج حق ملاقات فرزندان محفوظ می‌باشد».

است که دادگاه حضانت را به او می‌سپارد. پدر و مادر بایستی فرزند خویش را آماده زندگی اجتماعی سازند و بر رفتار و معاشرت‌ها و تحصیل او نظارت مستمر داشته باشند و سنن ملی و مذهبی را به او بیاموزند. این وظیفهٔ اخلاقی را به دشواری می‌توان در حقوق تضمین کرد. با وجود این، قانون به ایجاد حق و تکلیف پدر و مادر در این باب بی‌اعتنا نمانده است:

۱. انتخاب شیوهٔ تربیت فرزند حق پدر و مادر است: به موجب بند ۳ از مادهٔ ۲۶ اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر، پدر و مادر حق دارند نوع تعلیماتی را که باید به کودکان آنان داده شود انتخاب کنند.[1] پدر و مادر می‌توانند مذهب فرزند خود و محیط آموزش و پرورش روحی او را برگزینند، بر رفت و آمدها و ملاقات‌ها و نامه‌های او نظارت کنند، به منظور کارآموزی او را بعد از سن دوازده سال به کار گمارند (مواد ۲ و ۱۶ قانون کار) و در صورت لزوم او را به وسیلهٔ تنبیه یا استفاده از حکم دادگاه وادار به اطاعت از خود سازند.

۲. تربیت فرزند تکلیف پدر و مادر است: پدر و مادر، در عین حال که حق انتخاب شیوهٔ تربیت فرزند خود را دارند، مکلفند او را چنان تربیت کنند که مهمل نماند و استعدادهایش به هدر نرود. جمع کردن این دو قاعده آسان نیست، زیرا گاه سلوک پدر و مادر به بیهودگی فرزند می‌انجامد و در تفسیر معنی «مهمل» اختلاف می‌شود. در مقام تزاحم حق و تکلیف پدر و مادر باید مصلحت طفل، یعنی تکلیف آنان را، مقدم داشت. حق ابوین محدود به تکلیف آنان است و تا جایی احترام دارد که مخالف با وظایف قانونی و نوعی پدران و مادران نباشد.

مادهٔ ۱۱۷۸ قانون مدنی، در مقام قاعدهٔ کلی تکلیف پدر و مادر مقرر می‌دارد: **«ابوین مکلف هستند که درحدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهمل بگذارند»**. ولی قوانین خاص می‌توانند آنان را به رعایت قواعد تعلیمات اجباری ناگزیر سازد تا کودک را به مدرسه بفرستند.

لیکن، حدود حق پدر و مادر را تنها قوانین معین نمی‌کند. رعایت عادات اجتماعی و رسوم خانوادگی نیز از مهم‌ترین تکالیف پدر و مادر است و همین عامل واسطه حقوق و

۱. نقل از مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش ۲، خانواده، ش ۱۱۲۸.

اخلاق را در این زمینه پیوند می‌دهد.

۴۱۵. حق تنبیه طفل:

حق تربیت طفل متضمن اختیار در تنبیه او است. قانونگذار نمی‌تواند حدود اختیار پدر و مادر را به دقت معین سازد و مرز مجازات مباح کودک را رسم کند. پس، ناچار بایستی از عرف یاری بگیرد و انگیزهٔ «تأدیب» را شرط لازم برای اباحهٔ هرگونه تنبیه قرار دهد. همین اندازه می‌توان گفت که تمایل عمومی بر سبک کردن کیفرهای مباح و لزوم آمیختن آن با ملاطفت است. از دیر باز گفته‌اند که درشتی و نرمی به هم در به است.

بر طبق مادهٔ ۱۱۷۹ قانون مدنی: «**ابوین حق تنبیه طفل خود را دارند، ولی به‌استناد این حق نمی‌توانند طفل خود را خارج ازحدود تأدیب تنبیه‌نمایند**». تنبیه کودک ممکن است به صورت ندادن غذا و محبوس کردن موقت در اطاق خاص[1] و ایراد ضرب و شماتت و مانند اینها باشد.[2] ولی، در همهٔ این موارد باید از خشونت و انتقامجویی پرهیز شود و، اقدام پدر و مادر با نوعی ملایمت و انعطاف، که لازمهٔ امور تربیتی است، همراه باشد. به اضافه، تنبیه کودک در صورتی مجاز است که به قصد تأدیب انجام شود. بنابراین، هرگاه پدری به منظور وادار کردن فرزند خود به امری نامشروع به آزار او بپردازد، بر حسب موارد ممکن است به کیفرهای مربوط به ایراد ضرب یا حبس غیر قانونی محکوم شود.[3]

بند اول مادهٔ ۵۹ قانون مجازات اسلامی، در مقام بیان دو رکن لازم برای مباح‌بودن تنبیه پدر و مادر یا سرپرست طفل، یعنی قصد تأدیب و رعایت حدود متعارف، مقرر می‌دارد: «... اقدامات والدین و اولیای قانونی و سرپرستان صغار و محجورین که به

۱. در بارهٔ حق درخواست جابجایی (اقامتگاه) فرزند از دادگاه در حقوق فرانسه، رک: مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۱۵۰ به بعد ـ پلنیول و ریپر، ج ۱، به‌وسیلهٔ ساواتیه، ش ۳۴۲ به بعد.

۲. در اخلاق عالم آرا (ص ۱۳۷) در بارهٔ شیوهٔ رفتار با فرزند می‌خوانیم: «.. وگاهی به نان خشک سد جوع او کنند و در ورطهٔ هل من مزیدش نیفکنند تا به وقت ضرورت به آن تواند صبر کرد و خواهش لذات از خاطر برآورد و این آداب از همه کس خوشنما است و از اغنیا خوشنماتر» ـ و برای دیدن مضمونی همانند: خواجه نصیر الدین طوسی، اخلاق ناصری، ص ۱۳۱.

۳. بروملی، حقوق خانواده، ص ۳۳۶.

منظور تأدیب یا حفاظت آنان انجام شود، مشروط به این که اقدامات مذکور در حد متعارف تأدیب و محافظت باشد». پس، اقدامی که به منظور تأدیب انجام نشود، یا از حدود متعارف تجاوز کند، جرم است.

در پایان مادهٔ ۷۱ قانون راجع به مجازات اسلامی سابق در بارهٔ کیفر توقیف غیر قانونی (بدون حکم مقام صالح) آمده بود که: «.. اولیای قانونی اطفال، از قبیل پدر نسبت به اولاد و ولی نسبت به مجنون، از مفاد این ماده مستثنی می‌باشند، مشروط بر این‌که اقدام اولیاء از حد تأدیب تجاوز ننمایند»[1].

۴۱۶. ضمانت اجرای حق و تکلیف تربیت فرزند:

اگر کسی بر خلاف خواستهٔ پدر یا مادری که حضانت با او است تعلیمات سیاسی یا مذهبی خاص به کودک دهد یا او را به کارهای ناصواب وادارد، گذشته از این که ممکن است اقدام انجام شده جرم محسوب شود، سرپرست طفل می‌تواند او را منع کند و زیان‌های مادی و معنوی ناشی از این اقدام را از او بخواهد.

خودداری از اجرای این تکلیف نیز سبب سقوط حق حضانت می‌شود. چنان‌که مادهٔ ۱۱۲۳ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت او است، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل درمعرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای مدعی‌العموم هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند» ومادهٔ ۱۳ قانون حمایت خانواده، اعلام اشخاص دیگر را نیز برای رسیدگی دادگاه کافی می‌داند[2].

۱. این ماده، از جهت ایجاد توهم در این‌که قصد تربیت در توصیف حقوقی اقدام ولی اثر ندارد، قابل انتقاد و با مادهٔ ۳۲ (هم اکنون ۵۹) نیز معارض بود.

۲. در فقه نیز یکی از شرایط حضانت مادر امین بودن او است و حضانت کودک به مادر فاسق داده نمی‌شود: سبزواری، کفایه، ص ۱۹۴.

گفتار دوم: اشخاصی که حضانت با آنان است

۴۱۷. حضانت حق انحصاری پدر و مادر است:

تا زمانی که پدر و مادر کودک زنده هستند و صلاحیت نگاهداری از فرزند خود را دارند، حضانت با آنان است و هیچ یک از خویشان پدری یا مادری نمی‌توانند در این مورد ادعایی کنند (مادهٔ ۱۱۶۸ ق.م.).

بی تردید، حق پدر و مادر مطلق نیست و هرگاه مصلحت کودک ایجاب کند و سلامت و تربیت او در خطر افتد، دادگاه می‌تواند دربارهٔ حضانت تصمیم دیگری بگیرد و طفل را از کانون آلوده یا بی مبالات خانوادهٔ طبیعی خارج سازد. ولی، چنان‌که پیش از این نیز گفته شد، این تصمیم در صورتی مجاز است که جداکردن طفل از خانواده ضروری باشد.

پدر و مادر تنها مأموران دولت نیستند تا هرگاه مصلحت ایجاب کند به کناری‌گذارده شوند. آنان برنگاهداری و تربیت فرزند خود حق دارند: حقی که از دیرباز، به عنوان امتیازی طبیعی، محترم داشته شده است و تا خانواده‌ای هست پابرجا می‌ماند.

مادهٔ ۱۱۷۵ قانون مدنی، در بیان همین امر و جلوگیری از سوءاستفادهٔ دادگاه در مصلحت اندیشی برای کودک، اعلام می‌کند که: **«طفل را نمی‌توان، از ابوین و یا از پدر و مادر که حضانت با اوست گرفت، مگر در صورت وجود علت قانونی»**.

تا زمانی که خانواده منحل نشده و پدر و مادر کودک با هم به سر می‌برند، نسبت به حق پدر و مادر تردیدی وجود ندارد. ولی، پاره‌ای از نوپردازان چنین پنداشته‌اند که به هنگام جدایی حق تقدم پدر و مادر باید از بین برود و به دادگاه اختیار داده شود، تا بعد از طلاق، هر کس را مناسب‌تر می‌بیند برای حضانت از کودک انتخاب کند[1].

بدین ترتیب، پدر و مادر نیز با بیگانگان در یک ردیف هستند و دادگاه باید میان آنان شایسته‌ترین را برگزیند و کودک را به او بسپارد. پس، اگر مادری مستمند که به دشواری می‌تواند از فرزند دو ماههٔ خود نگاهداری کند، در این مسابقه رقیب خانواده‌ای مرفه و ثروتمند شود، دادگاه می‌تواند کاخ پر جلال بیگانه را بر کلبهٔ محقر مادر ترجیح دهد.

۱. مفاد مواد ۱۲ و ۱۳ قانون حمایت خانواده به نظر بعضی چنین تفسیر می‌شد.

زیرا، برای کودکی که هنوز مادر را نمی‌شناسد و از نظر عاطفی به او وابستگی ندارد، گرمای مطبوع حرارت مرکزی و مدارس خصوصی و پارکهای سرسبز به مراتب مناسب‌تر از حرارت آمیخته با دود زغال و بازی در کوچه‌های تنگ و کثیف و رفتن به مدرسهٔ حرفه‌ای دولتی یا شاگردی در دکان مسگری و آهنگری است.

اگر حق پدر و مادر بر فرزندشان به حساب نیاید و احترام به عواطف آنان امتیازی نباشد، از این گونه نتایج نامعقول فراوان به بار می‌آید، در حالی که معتقدان به نظریهٔ یاد شده نیز به طور مسلم آن را تأیید نمی‌کنند.

بی‌گمان، دادگاهها می‌توانند برای توجیه اختیار خود نسبت به مصلحت اندیشی در بارهٔ کودک از عوامل روانی و اجتماعی استفاده کنند و، به ویژه در انتخاب پدر یا مادر، پای بند به حق تقدم مادر تا هفت سال یا برتری پدر در دوران نوجوانی نباشند. ولی، هرگز اختیار ندارند که پدر و مادر را در شمار بیگانگان آورند و تنها به مصلحت طفل بیندیشند یا اقتضای دیگری، مانند مصالح ملی و اقتصادی، را در این داوری مؤثر شناسند و حاکم بر حق پدر یا مادر قرار دهند.

ما در جامعه‌ای به سر می‌بریم که حق پدر و مادر بر فرزند در همهٔ سنت‌ها و مظاهر فرهنگ آن دیده می‌شود و قانون مدنی آن را پایهٔ قواعد حضانت قرار داده است.[1] پس، در چنین زمینه‌ای آیا دشوار نیست گفته شود که، لزوم توجه به وضع اخلاقی و مالی پدر و مادر و مصلحت اطفال، به معنی نسخ ضمنی تمام قواعد مربوط به حق تقدم پدر و مادر است؟[2]

از سوی دیگر، اگر پدر و مادر بسان بیگانگان هستند، چرا هزینهٔ نگاهداری و تربیت را باید در هر حال متحمل شوند؟ و هرگاه پدر و مادر حق تقدم بر دیگران ندارند، به چه

۱. در کیمیای سعادت امام محمد غزالی آمده است: «... بدانکه حق ایشان عظیم‌ترست که نزدیکی ایشان بیشترست. رسول گفت ـ علیه السلام ـ که «هیچکس حق پدر نگذارد تا آنگاه که ویرا بنده یابد، بخرد و آزاد کند» و گفت نیکویی کردن با پدر و مادر فاضلتر از نماز و روزه و حج و عمره و غزا است» (ص ۳۲۹).

۲. ماندن طفل نزد دیگری به معنی آن نیست که حضانت هم به او سپرده شود، چنانکه در مادهٔ ۳۷۳ (۲) قانون مدنی اصلاحی فرانسه نیز، اگر در هنگام جدایی زن و شوهر طفل به دیگری داده شود حق تربیت و تعیین شیوهٔ نگاهداری او همچنان با پدر و مادر است (الکس ویل، همان کتاب، ش ۷۳۰).

دلیل در زمانی که به عنوان زن و شوهر زندگی می‌کنند نمی‌توان، به بهانهٔ مصلحت طفل، کودک را از آنان گرفت و به شخص صالح‌تری سپرد؟

تمایل حقوقدانان کنونی بر این است که مصلحت طفل مهم‌ترین عامل تصمیم‌گیری دربارهٔ وضع او است، بدون این که حق تقدم پدر و مادر بر دیگران نیز از یاد برده شود: یعنی محروم ساختن آنان از حضانت طفل به دلیل دفع ضرر تحمل‌ناپذیر ممکن است نه برای جلب منفعت بیشتر.

آن‌چه گفته شد، دربارهٔ پدر و مادر مشروع در خانواده است. در حضانت فرزندی که از راه نامشروع به بارآمده یا نتیجهٔ تلقیح مصنوعی نطفهٔ بیگانه است، ملاحظهٔ حق پدری یا مادری نمی‌تواند در برابر مصلحت طفل ارزشی قاطع به شمار آید. در چنین مواردی، هرگاه بین زن و مرد بیگانه رقابتی بر سر نگاهداری فرزند طبیعی و مشترک درگیرد، دادگاه بایستی مصلحت کودک را در نظر بگیرد و او را به داوطلبی بسپارد که شایسته‌تر است[1].

۴۱۸. وضع خاص جد پدری:

چنان‌که گفته شد، تا زمانی که پدر و مادر زنده هستند، حضانت با آنان است و هیچ یک از خویشان از جمله جد پدری، حقی برای نگاهداری و تربیت کودک ندارد. ولی، پس از مرگ پدر و مادر، هرگاه جد پدری زنده باشد، ولایت به حکم قانون بر عهدهٔ اوست. همین حکم نیز در موردی جاری است که ولایت پدر و حق حضانت مادر به دلیل حجر یا خیانت یا ناتوانی در ادارهٔ امور صغیر از بین برود.

اکنون باید دید، آیا پدر بزرگی که به حکم قانون بر صغیر ولایت دارد حضانت از او را نیز عهده‌دار است و دادگاه در صورتی می‌تواند حضانت را به دیگری بسپارد که ضرورتی آن را اقتضا کند، یا پس از فوت پدر و مادر هیچ حق تقدمی در حضانت وجود ندارد و دادگاه اختیار دارد که مناسب‌ترین شخص را آزادانه برگزیند و قیمومت را به او بسپارد؟

۱. در همین فرض نیز مادر یا پدر بودن، هر چند نامشروع باشد، در برابر بیگانگان امتیازی است که اخلاق نادیده نمی‌گیرد و جدا کردن فرزند از آغوش مادر طبیعی دلیلی بیش از جلب منفعت می‌خواهد.

در فقه امامیه، نسبت به حق خویشان کودک، و به ویژه جد پدری، اختلاف است: گروهی از نویسندگان پس از فوت پدر و مادر حضانت را با جد پدری می‌دانند[1].

در تأیید این نظر استدلال شده است که جد پدری، به اعتبار ابوت بر پدر، پدر کودک نیز به شمار می‌آید، همانگونه که امور مالی او را به عهده دارد، در تربیت و نگاهداری نوادهٔ خود نیز بر دیگران مقدم است.

گروه دیگر، این استدلال را نپذیرفته‌اند و اعتقاد دارند که جد پدری نیز در باب حضانت از طفل در زمرهٔ سایر خویشان است[2]. شهید ثانی، در انتقاد از گفتهٔ گروه نخست، می‌نویسد که، اگر جد پدری به عنوان حق ابوت بر پدر در حکم پدر نوادهٔ خود باشد، جد مادری نیز به همین عنوان بایستی مادر به حساب آید. به اضافه، ادارهٔ امور مالی کودک با نگاهداری و تربیت او ارتباط ندارد[3].

ولی، صاحب جواهر به او پاسخ می‌دهد که آوردن اجداد در زمرهٔ پدر و مادر امری است خلاف اصل و استثنایی. شارع تنها جد پدری را در ولایت و حضانت از نوادهٔ خود شریک پدر قرار داده است و در این باره به قدر متیقن اکتفا می‌شود.

تردید فقیهان به نویسندگان قانون مدنی نیز سرایت کرده است: به موجب مادهٔ ۱۱۸۸ قانون مدنی: «**هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری می‌تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می‌باشد وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید**». در این ماده، نه تنها نواده‌ها اولاد جد پدری خوانده شده‌اند، دادن اختیار تعیین وصی برای حضانت از طفل نشان می‌دهد که جد پدری نیز مانند پدر حضانت دارد، وگرنه چگونه می‌توان تصور کرد که محروم از حق بتواند اعطاء کننده آن باشد؟ وجود پدر و مادر مانع از این است که سمت قانونی جد پدری تحقق یابد (مواد ۱۱۶۸ و ۱۱۷۱ ق.م). ولی، پس از آنان شرایط انتصاب جد پدری

۱. محقق، شرایع، کتاب نکاح، حضانت، ص ۵۶۷: «فان فقد الابوان فالحضانة لاب الاب....» ـ شهید اول، لمعه، کتاب نکاح، اولاد ـ علامهٔ حلی قواعد، ج۲، ص ۵۰ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد نکاح، اولاد.
۲. شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۵۸۳؛ شرح لمعه ج ۲، ص ۱۱۳ (چاپ سربی، ج ۵، ص ۴۵۹) ـ سید علی طباطبایی، ریاض، ج ۲، کتاب نکاح، اولاد ـ علامهٔ حلی، مختلف الشیعه، کتاب نکاح.
۳. همان کتابها.

نیز جمع می‌شود؛ ادارهٔ امور و تربیت نواده (ولایت و حضانت) با او است و می‌تواند برای بعد از فوت خود نیز وصی معین کند.

مفاد مادهٔ ۷۳ قانون امور حسبی نیز استنباط یاد شده را تأیید می‌کند. زیرا، با این‌که قانونگذار در مقام بیان موارد نصب قیم برای تربیت و ادارهٔ امور محجور است (مادهٔ ۷۹ همان قانون) مقرر می‌دارد: «**در صورتی که محجور ولی یا وصی داشته باشد، دادستان و دادگاه حق دخالت در ادارهٔ امور او را ندارند و فقط دادرس بعد از رسیدگی لازم می‌تواند وصایت وصی را تصدیق نماید**»

از سوی دیگر، در مادهٔ ۱۱۷۳ آمده است که: «هرگاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت او است صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای مدعی العموم هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند اتخاذ کند» و اطلاق ماده بدین معنی است که، با سقوط ولایت پدر و مادر، دادگاه در انتخاب کسی که عهده‌دار حضانت می‌شود آزاد است و جد پدری حق تقدمی در این باره ندارد.

جمع این احکام متعارض دشوار است. ولی به نظر می‌رسد که، هرگاه پدر و مادر طفلی بمیرند، حضانت از طفل با ولی قهری او یعنی جد پدری است و بعد از فوت او نیز وصی منصوب از طرف جد این وظیفه را به عهده دارد. با وجود این، اگر هنگام جدایی زن و شوهر یا در موردی که تغییر در وضع حضانت طفل ضروری است دادگاه ناگزیر از تصمیم گرفتن شود، مصلحت طفل را بر همه چیز مقدم می‌دارد و ناچار نیست که حق جد پدری را نیز در این زمینه به حساب آورد. لیکن، باید به این نکته توجه داشت که در چنین مواردی دادگاه به طور طبیعی متوجه جد پدری می‌شود و فقط در صورتی از انتخاب او منصرف خواهد شد که مصلحت والاتری آن را اقتضا کند.

بدین ترتیب، در نظر قانونگذار فرض این است که جد پدری و وصی مناسب‌ترین اشخاص برای حضانت هستند. پس تا زمانی که دادگاه تصمیم مخالفی نگرفته و نیازی به طرح در محکمه احساس نشده است، نگاهداری کودک نیز بایستی به آنان سپرده شود، بدون این‌که نیازی به نصب از طرف دادرس باشد. ولی، چون خلاف این اماره را در

دادگاه می‌توان اثبات کرد، همین که دادرس تشخیص داد مصلحت در سپردن کودک به دیگری است، امارهٔ قانونی مبنای خود را از دست می‌دهد و بر طبق آن‌چه دادگاه تصمیم گرفته است عمل می‌شود.

۴۱۹. همکاری و اولویت پدر و مادر در خانواده:

تا زمانی که خانواده به صورت طبیعی خود پابرجاست و زن و شوهر و فرزندان با هم به سر می‌برند، نگاهدرای و تربیت طفل حق و تکلیف مشترک آنان است (مادهٔ ۱۱۶۸ ق.م.). زن و شوهر باید یکدیگر را یاری کنند (مادهٔ ۱۱۰۴ ق.م.). وجود حق تقدم برای یکی از آن دو نباید سبب بی اعتنایی دیگری شود، زیرا کودکی را که با هم به وجود آورده‌اند به اشتراک نیز باید تربیت کنند(مادهٔ ۱۱۷۸) و به همین جهت نیز حق تنبیه طفل از آن هر دو است (مادهٔ ۱۱۹۷).

با وجود این، چون ممکن است در چگونگی مواظبت از کودک و تربیت او اختلاف سلیقه ایجاد شود، قانون بایستی برای رفع آن چاره‌اندیشی کند. به طور معمول، در قوانینی که ریاست خانواده به شوهر تفویض شده است، رأی او را در همه حال مقدم می‌شمرند. ادارهٔ خانواده با شوهر است و زن به عنوان معاون او را یاری می‌دهد(قانون قدیم مدنی فرانسه، مادهٔ ۳۷۳ پیش از اصلاح ۱۹۷۰). ولی، در نظام حقوقی که ادارهٔ خانواده با زن و شوهر است، ناچار دادگاه باید در این زمینه داور باشد.[1]

در قانون مدنی ما، با این که ریاست خانواده با شوهر است، در مورد نگاهداری طفل «مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود.» (مادهٔ ۱۱۶۹ ق.م. پیشین)[2]. با وجود این: «اگر مادر در مدتی که حضانت

۱. برای ملاحظهٔ حقوق فرانسه بعد از اصلاحات ۱۹۷۰، رجوع شود به: ویل، اشخاص و خانواده و محجورین، ش ۷۳۱.

۲. این عقیده مشهور بین فقهای امامیه است، که شیخ طوسی در نهایه و ابن حمزه و ابن ادریس و سرانجام محقق برگزیده و علامه و دیگران از او پیروی کرده‌اند ولی بعضی تا زمانی که مادر شوهر نکرده است او را مقدم بر شوهر دانسته‌اند (نقل از مسالک، ج ۱، ص ۵۸۱ ـ فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج ۲، ص ۳۷۲ ـ جواهر، ←

طفل با او است مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود» (مادهٔ ۱۱۷۰ ق.م.). جنون پدر نیز در حکم مادر است و در این فرض، حضانت با مادر کودک است، زیرا مصلحت طفل چنین ایجاب می‌کند.

قانون اصلاح مادهٔ ۱۱۶۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۲ این حکم را تغییر داد و حضانت طفل را تا ۷ سالگی (اعم از دختر یا پسر) به مادر سپرد. متن اصلاح شده بدین قرار است «**برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن ۷ سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است**.

تبصره: بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد».

بدین ترتیب، در زمانی که کودک بیشتر به مواظبت و شفقت نیاز دارد، مادر مقدم بر پدر است، و در دورانی که تربیت کودک مهم‌تر از نگاهداری او است، پدر مقدم است. پس، آنچه مبنای اولویت پدر یا مادر قرار می‌گیرد، مصلحت کودک است نه حمایت از مادر یا تأمین ریاست پدر بر خانواده.

با تحلیلی که از مبنای تقدم پدر یا مادر شد، به آسانی می‌توان فهمید که چرا دادگاه اختیار دارد، در موردی که «صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد»، او را به هر کدام که مناسب‌تر می‌بیند یا به دیگران بسپارد (مادهٔ ۱۱۷۳ ق.م.).

ـ ج ۳۱، ص ۲۹۱) و این نکته نشان می‌دهد که مفهوم اقتدار شوهر در خانوادهٔ اسلامی با آن‌چه رومیان و حتی اروپاییان تا بعد از جنگ جهانی دوم نظر داشته‌اند تا چه اندازه تفاوت دارد.

نظرهای دیگری که در فقه داده شده عبارت است از:

الف ـ مادر تا نه سال نسبت به دختر مقدم است، که شیخ مفید در المقنعه (ص ۸۳) به آن فتوا داده است.

ب ـ مادر تا سن تمیز کودک (۷ تا ۸ سال) در مورد پسر و دختر مقدم است و، پس از تمیز کودک، پدر نسبت به پسر و مادر نسبت به دختر مقدم است: این نظر را شیخ طوسی در مبسوط (ج ۶، ص ۳۹) و در خلاف (ج ۳، ص ۸۲) انتخاب کرده و فاضل مقداد در «التنقیح الرائع» که شرح بر مختصر نافع محقق است تأیید و برگفتهٔ محقق ترجیح داده است (ج ۳، ص ۲۷۲).

ج ـ مادر تا سن ۷ سالگی بر فرزند خود مقدم است، خواه پسر باشد یا دختر و اگر طفل از این سن گذشت و همچنان سبک مغز باقی ماند، حکم آن مانند طفل است و مادر بر آن حق دارد. ولی، در بارهٔ دختر، تا زمانی که مادر شوهر نکرده، مقدم است: ابن جنید(نقل از :التنقیح، همان کتاب).

این اختیار به معنی الغای تقدم پدر یا مادر یا بی اعتبار ساختن مادهٔ ۱۱۶۹ نیست، زیرا پیش از تصمیم دادگاه باید این اولویت محترم دانسته شود و تجاوز بدان تقصیر و موجب مسؤولیت است. اختیار دادگاه در تعیین کسی که باید عهده‌دار حضانت شود نشان می‌دهد که مبنای تقدمی که گفته شد رعایت مصلحت طفل است و آن را نباید حق مادر یا پدر شمرد.

این تحلیل با مفاد مادهٔ ۱۱۶۸ و آن‌چه در بارهٔ حق ابوین نسبت به نگاهداری و تربیت فرزند خود گفته شد نیز منافات ندارد. زیرا پدر و مادر تاجایی در برابر بیگانگان بر فرزند خویش حق دارند، که به سلامت جسمی و روانی او صدمه نرسد. پس، آن‌چه در آخرین تحلیل مبنای ترجیح قرار می‌گیرد، مصلحت و سعادت کودک است.

۴۲۰. حضانت پس از جدایی زن و شوهر:

در موردی که زن و شوهر از هم جدا شده‌اند، دیگر همکاری آنان برای حضانت از طفل، به گونه‌ای که در زمان زوجیت وجود داشت، امکان ندارد، پس، ناچار بایستی کودک را به یکی از آن دو سپرد. قانون مدنی مادر را تا دو سال برای فرزند پسر و تا هفت سال برای دختر، مقدم می‌شمرد و از آن پس اولویت را به پدر می‌داد. قانون اصلاح مادهٔ ۱۱۶۹ ق.م. حضانت مادر را برای پسر و دختر، تا سن هفت سالگی مقدم شمرد.

حکم مادهٔ ۱۱۶۹ اصلاح شدهٔ قانون مدنی به ویژه در مورد تقدم مادر برنگاهداری از نوزاد، چنان طبیعی و عادلانه است، که به عنوان اصل رعایت می‌شود. زیرا، باید ضرورتی وجود داشته باشد تا بتوان کودک چند ماهه‌ای را از مادر جدا کرد یا تربیت نوجوانی را به پدر واگذار نکرد.

این ضرورت را، چنان که گفته شد، در فرض جنون و شوهر کردن مادر قانونگذار پیش‌بینی کرده است (مادهٔ ۱۱۷۰). لیکن، معیار اصلی را می‌توان در ملاک مادهٔ ۱۱۷۳ و تبصرهٔ مادهٔ ۱۱۶۹ اصلاح شدهٔ قانون مدنی جستجو کرد. حکم این ماده، با این که در مقام بیان ترجیح پدر یا مادر بر دیگری نیست، از مبنای آن در این باب نیز می‌توان استفاده کرد و مصلحت کودک را ارزش نخستین در تمیز شخصی شمرد که دادگاه

حضانت را به او می‌سپارد.

۴۲۱. حضانت پس از فوت پدر یا مادر:

به موجب مادهٔ ۱۱۷۱ قانون مدنی: «در صورت فوت یکی از ابوین، حضانت طفل با آنکه زنده است خواهد بود، هرچند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد». این ماده توهم اختلاط کامل بین ولایت و حضانت را از بین می‌برد و نشان می‌دهد که اختیار پدر به عنوان ولی قهری هیچ‌گاه نمی‌تواند مانع از حضانت مادر شود.

این حکم در موردی هم که پس از فوت پدر ولایت به جد پدری می‌رسد قابل اجراست و، چنان‌که گفته شد، دادگاه نیز باید حق تقدم پدر یا مادری را که در چنین وضعی قرار گرفته است محترم بشمارد و تنها به مصلحت طفل نیندیشد.

چنان‌که گفته شد، مادهٔ واحدهٔ قانون واگذاری حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها مصوب هشتم دی ماه ۱۳۶۰، حضانت از کودک یا محجوری را که پدر ندارد به عهدهٔ مادر قرار می‌دهد، خواه محجور پیش از فوت پدر در ولایت او باشد یا حجر بعد از بلوغ و رشد، یعنی پایان ولایت، عارض شود.

در مورد فوت پدر و مادر، حضانت به جد پدری و در صورت نبودن او به وصی واگذار می‌شود. ولی، هرگاه از این گروه کسی نباشد، حضانت با قیمی است که به پیشنهاد دادستان از طرف دادگاه منصوب می‌شود. در تعیین قیم نیز خویشان کودک، با داشتن صلاحیت، بر دیگران مقدم هستند (مادهٔ ۱۲۳۲ ق.م).

گفتار سوم : موانع اجرا یا عوامل سقوط حضانت

۴۲۲. تفاوت این دو اصطلاح و ترجیح بین آنها:

هرگاه عاملی حق حضانت پدر یا مادر را در حال تعلیق نگهدارد، بدین معنی که تا آن عامل وجود دارد حضانت را نتوان به صاحب حق واگذار کرد، ولی پس از زوال عامل دوباره وضع به حال عادی بازگردد، آن را مانع از اجرای حق حضانت می‌نامند. لیکن،

هرگاه حادثه‌ای حق نگاهداری و تربیت فرزند را برای همیشه از بین ببرد، باید آن را از عوامل سقوط حق حضانت شمرد. مرگ شخصی که حضانت به عهدهٔ او است مثال بارز برای عاملی است که باعث سقوط حق حضانت می‌شود.

با وجود این، گاه به عواملی که مانع از اجرای حق حضانت است، به این اعتبار که به طور موقت و مشروط حق پدر و مادر را از بین می‌برد، عامل سقوط حضانت نیز گفته‌اند که تنها با مسامحه می‌توان آن را به کار برد.

در حقوق ما این بحث وجود دارد که آیا عواملی، مانند شوهر کردن مادر یا جنون، باعث سقوط حق حضانت می‌شود یا مانع از آن است و پس از زوال مانع دوباره حق به پدر یا مادر باز می‌گردد[1]

قانون مدنی برای این پرسش پاسخ صریحی ندارد، به نظر می‌رسد که هیچ عامل خارجی نتواند حقی را که پدر و مادر نسبت به نگاهداری از فرزند خود دارند از بین ببرد. مصلحت طفل مهم‌ترین هدف قانونگذار است. پس، هرجا که حادثه‌ای این مصلحت را به خطر اندازد، حق پدر یا مادر مانع رفع ضرر از طفل نیست، لیکن دلیلی وجود ندارد که پس از زوال مانع و رفع خطر نیز پدر و مادر وضع طبیعی خود را، که بنا به فرض مصلحت طفل هم در آن است، بازنیابند.

بنابراین، اصطلاح موانع اجرای حق حضانت با طبیعت احکام مربوط بـه حضانت سازگاری بیشتر دارد.

الف : موانعی که در قانون آمده است

۴۲۳. جنون :

بدیهی است که کودک را به دیوانه نباید سپرد، هر چند پدر یا مادر او باشد. به همین

۱. در فقه امامیه، این بحث، به ویژه در مورد مادری که شوهر می‌کند، سابقهٔ طولانی دارد: ابن ادریس، حق مادر را ساقط شده می‌داند و برای اعادهٔ آن دلیلی نمی‌بیند. بر عکس، شیخ طوسی رابطهٔ زناشویی را مانع حضانت می‌شمارد و اعتقاد دارد پس از طلاق (باین) این حق به مادر باز می‌گردد. بیشتر فقیهان، مانند محقق در شرایع و علامه (قواعد، ج ۲، ص ۵۱) و شهید ثانی (مسالک، ج ۱، ص ۵۸۴)، و صاحب جواهر، از نظر شیخ پیروی کرده‌اند.

جهت، حکم مادهٔ ۱۱۷۰ را که اعلام می‌کند: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست مبتلا به جنون شود... حق حضانت با پدر خواهد بود» باید در همهٔ مواردی که عارضهٔ جنون گریبانگیر پدر یا مادر یا جد پدری می‌شود اجرا کرد، خواه جنون دایمی یا ادواری باشد، مگر این که عارضهٔ جنون چندان نادر یا کوتاه مدت باشد که در عرف نتوان او را دیوانه نامید. در این فرض، بیماری روانی نیز مانند سایر بیماری‌ها مانع از اجرای حق حضانت نیست.[1]

۴۲۴. شوهر کردن مادر به شخصی غیر از پدر طفل:

مادهٔ ۱۱۷۰ قانون مدنی، شوهر کردن مادر را نیز از موانع اجرای حق حضانت می‌شمارد. زیرا، فرض این است که گرفتاری‌های ناشی از شرکت در خانوادهٔ دیگر و لزوم تمکین از شوهر جدید او را از وظایف خود باز می‌دارد.

مهم‌ترین پرسشی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که شوهر کردن مادر تنها حق تقدم او را در برابر پدر از بین می‌برد و لزوم تجدید نظر در حضانت طفل را به وجود می‌آورد، یا پس از فوت پدر و در برابر جد پدری یا سایر خویشان نیز مانع از اجرای حق حضانت است؟

مادهٔ ۱۱۷۰ قانون مدنی ناظر به روابط پدر و مادر است و پاره‌ای از استادان سقوط حق حضانت مادر را تنها در صورت حیات پدر طفل می‌پذیرند[2]. در فقه نیز شوهر کردن مادر تنها در ترجیح او بر پدر مؤثر است و پس از فوت پدر حضانت در هر حال با مادر است[3]. این نظر را باید تأیید کرد، زیرا احتمال فراوان دارد، مادری که شوهر کرده است، همانند پدر نتواند از فرزند خود نگاهداری کند. ولی، در مقایسه با سایر خویشان، هیچ

۱. شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۸۲ ـ سبزواری، کفایه، ص ۱۹۴ ـ و برای دیدن نظری که جنون ادواری را مانع از حضانت نمی‌داند، رک: جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۷.

۲. مرحوم دکتر سید حسن امامی ج ۵، ص ۱۹۶.

۳. صاحب جواهر در این باره می‌نویسد: «و متی مات احدهما انتقل الحق الی الآخر مطلقاً لما عرفته مفصلاً و اشتراط عدم تزویجها انما یعتبر فی ترجیحها علی الاب مع اجتماع الشرایط فیه خاصة» (جلد نکاح) ـ همچنین، رجوع شود به، شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۸۲.

کانونی را مطمئن‌تر از دامان مادر برای پرورش کودک نمی‌توان یافت.

بی‌گمان، خلاف این فرض را می‌توان اثبات کرد و نشان داد که کودک در خانهٔ نا پدری صدمهٔ جسمی یا روحی می‌بیند. ولی، تا زمانی که این ادعاء ثابت نشده است، مادر مقدم بر همهٔ خویشان است. همچنین است جایی که مانعی برای حضانت پدر موجود باشد (مانند کفر)[1].

پس حضانت کودکی که پدر خویش را از دست داده در هر حال با مادر او است. شوهر کردن مادر به خودی خود مانعی در این راه ایجاد نمی‌کند و دادگاه در صورتی حضانت را به جد پدری یا قیم می‌سپارد که ضرورتی آن را اقتضا کند.

۴۲۵. آیا کفر مانع حضانت است؟

در این که کفر از موانع حضانت است یا اثری در آن ندارد، وضع قانون مدنی مبهم است: از سویی، مادهٔ ۱۱۹۲ قانون مدنی و لی مسلم را از انتخاب وصی کافر بر مولی علیه خود منع کرده است و این حکم نشان می‌دهد که قانونگذار نیز، مانند فقیهان امامیه، نمی‌خواسته است که کافر ولی بر مسلمان باشد و در تربیت او دخالت داشته باشد.

از سوی دیگر، با این‌که ممنوع بودن کافر از حضانت مسلمان در فقه از مسلمات است و بعید به نظر می‌رسد که این امر از دید نویسندگان قانون مدنی دور مانده باشد، در مواد مربوط به حضانت در این باره سکوت اختیار شده و در مادهٔ ۱۱۷۵ آمده است که: **«طفل را نمی‌توان از ابوین و یا از پدر و یا از مادری که حضانت با اوست گرفت، مگر در صورت وجود علت قانونی»** پس، چگونه می‌توان ادعا کرد که نظر قانونگذار این بوده است که پدر یا مادر نامسلمان از حضانت فرزند مسلمان خود محروم بماند؟[2]

این فرض، به طور معمول جایی پیش می‌آید که مرد مسلمانی با زن کافر ازدواج کند و

۱. سید علی طباطبایی، ریاض، ج ۲، نکاح، حضانت.

۲. مانند این اشکال در مورد مانع بودن کفر از وراثت نیز وجود داشت: رجوع شود به ناصر کاتوزیان، مقدمهٔ علم حقوق، چاپ هفتم، ش ۴۲، ص ۵۶ پاورقی.

پس از بچه‌دار شدن زن و شوهر از هم جدا شوند[1]. پس، باید معلوم شود که آیا چنین مادری نیز بر فرزند خود، که به تابعیت از مذهب پدر مسلمان محسوب است، حق حضانت دارد؟

برای دادن پاسخ مثبت ممکن است گفته شود: امروز که کافر و مسلمان چنان به هم آمیخته‌اند که با هیچ معیار مطمئنی نمی‌توان آنان را از هم بازشناخت و بسیارند کسانی که اسلامشان به داشتن شناسنامهٔ اسلامی محدود می‌شود، و در جامعه‌ای که خانواده‌ها با غرور نگاهداری و تربیت اطفال خویش را به بیگانگان می‌سپارند، محروم کردن مادری از حضانت فرزند خود به این بهانه عادلانه به نظر نمی‌رسد. و انگهی، نباید اجازه داد که حربهٔ کفر و ایمان یکی از وسایل پیش‌برد دعاوی مربوط به نقارهای خانوادگی قرارگیرد.

از دید منطقی، نظر مخالف نیز قابل دفاع است، ولی از لحاظ اجتماعی به دشواری می‌توان تضاد بین محروم کردن پدر یا مادر نامسلمان از حضانت فرزند خود و سایر راه‌حل‌های حقوقی و اقتصادی را توجیه کرد. شاید به همین ملاحظات بود که در قانون مدنی کفر را در زمرهٔ موانع ارث یا حضانت نیاورده و راه حل را به رویهٔ قضایی واگذار کرده بودند.

با وجود این، در هر مورد که به دلیل انحطاط اخلاقی پدر و مادر سلامتی جسمی یا روحی فرزندان در خطر باشد، دادگاه باید نگاهداری از او را به دیگری بسپارد. همچنین، در محاسبهٔ مصالح و مفاسدی که سپردن طفل به پدر یا مادر دارد، دادرس اعتقادهای مذهبی آنان را، به عنوان یکی از عوامل مهم اخلاقی، در نظر می‌گیرد.

مخالفان این گفته را در حقوق کنونی تأیید نمی‌کنند: به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در موارد سکوت قانون، دادگاه باید «با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید...». صلاحیت دادگاه خانواده در رسیدگی به امر حضانت پای‌بندی دادگاه را به اصول شرعی و فتاوای فقیهان تأیید می‌کند. در فقه، از

۱. فرض دیگر موردی است که یکی از دو زوج کافر اسلام می‌آورد، در حالی که کودکانی در حضانت خود دارند. در این صورت کودکان مسلمان تبعی بشمار می‌روند (جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۲۵) و حضانت پدر یا مادری که در کفر مانده است ساقط می‌شود.

آنجا که حضانت نیز مصداق و چهره‌ای از ولایت است، منع ولایت کافر بر مسلم بی‌گمان شامل حضانت نیز می‌شود و فقیهان، در بارهٔ این که مادر کافر حق حضانت بر فرزند مسلمان خود را ندارد، اتفاق نظر دارند[1].

با این همه، رویهٔ قضایی تمایلی به پذیرش این استدلال که سبب محروم ماندن کودک از آغوش طبیعی مادر می‌شود، نشان نمی‌دهد و خود را بندهٔ منطق کور نمی‌بیند.

ب: موانعی که نیاز به ارزیابی دادگاه دارد

۴۲۶. ضابطهٔ تشخیص این موانع:

در مادهٔ ۱۱۷۳ قانون مدنی، در معرض خطر قرارگرفتن صحت جسمانی و تربیت اخلاقی طفل دو عامل مهمی است که دادگاه را وادار به تصمیم گرفتن و تجدید نظر در وضع حضانت می‌کند. از مفاد ماده بخوبی بر می‌آید که وجود چنین خطری تنها سبب بازستاندن طفل از پدر یا مادر نالایق نیست، مانع از سپردن کودک به آنان نیز هست. بنابراین، می‌توان گفت ضابطهٔ تمیز موانعی که دادگاه با مصداقهای خارجی آن را تعیین کند، در خطر بودن سلامت جسمی و اخلاقی کودک است.

این ضابطه جنبهٔ اجتماعی دارد و دادرس باید معین کند که چگونه خطری و تا چه اندازه از احتمال مانع از حضانت طفل به وسیلهٔ پدر و مادر می‌شود. ولی، چون در بارهٔ سرنوشت کودک خاص تصمیم می‌گیرد، باید وضع جسمی و شؤون خانوادگی پدر و مادر طفل را نیز در نظر بگیرد و تنها به ضوابط نوعی نپردازد.

۴۲۷. مصداق‌های بارز این موانع:

اموری که سلامت جسمی یا تربیت اخلاقی کودک را به خطر می‌اندازد و از این حیث

۱. محقق، شرایع، ص ۵۶۷ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۷ ـ شهید ثانی: مسالک، ج ۱، ص ۵۸۱ ؛ شرح لمعه، ج ۵، ص ۴۵۸ ـ سبزواری، کفایه، ص ۱۹۴ ـ سید علی طباطبایی، ریاض، ج ۱، کتاب نکاح، حضانت.

مانع اجرای حق حضانت می‌شود در هیچ متنی معین نشده و رویهٔ قضایی نیز هنوز مجال آن را نیافته است تا در این باره راه‌گشا باشد. ولی، با توجه به تاریخ حقوق و رسوم اجتماعی، می‌توان چند مصداق بارز از موانع حضانت را یادآور شد:

۱. ناتوانی در نگاهداری طفل: خواه در اثر غیبت و زندان باشد یا بیماری و زمین‌گیری و گرفتاریهای ناشی از امرار معاش. بدیهی است که اگر دادگاه تشخیص دهد که پدر یا مادر، به یکی از این دلایل، توانایی نگاهداری طفل را ندارد و به آن اندازه نیز ثروتمند نیست تا بتواند کسانی را با مسؤولیت خود به این کار گمارد، باید از سپردن کودک به او خودداری کند.

۲. ابتلاء به بیماری‌های ساری: به شرط این که پدر یا مادر نتواند دادگاه را مطمئن سازد که بیماری او سلامت کودک را به خطر نمی‌اندازد. باید افزود که امکان سرایت بیماری به تنهایی مانع از اجرای حق حضانت نیست. بایستی این سرایت برای سلامت طفل خطر جدی به وجود آورد؛ خطری که ارزش جدا کردن کودک را از پدر و مادر داشته باشد؛وگرنه همه می‌دانیم که سرماخوردگی و آنفلوآنزا از بیماری‌هایی است که به سرعت شایع می‌شود، ولی آیا می‌توان بر مبنای چنین خطری کودک را از دامان مادر گرفت؟

به همین جهت نیز گفته شد که دادگاه باید چگونگی و اندازهٔ خطر را تعیین کند و در این باره، مانند جنون ابوین یا شوهر کردن مادر، نمی‌توان حکم نوعی داد.

۳. انحطاط اخلاقی: انحطاط اخلاقی پدر و مادر نباید موجب تباهی فرزندشان شود، زیرا کودک به اجتماع نیز تعلق دارد. ولی این مانع، به لحاظ وابستگی آن به عادات و رسوم اجتماعی، بیش از سایر عوامل تاب تفسیرهای گوناگون را دارد. به اجمال می‌توان گفت، اعتیادهای زیان‌بار، پیشه کردن اعمال منافی عفت، عادت به رشوه‌خواری و خیانت و کلاهبرداری از مصداق‌های بارز انحطاط اخلاقی است، و همین اوصاف است که پاره‌ای از فقها به «فسق» تعبیر کرده‌اند.[1]

۴. خشونت خارج از حد متعارف: با وجود محبت بی شائبه‌ای که پدر و مادر نسبت به

۱. شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۸۲.

فرزندان خود دارند، گاه دیده می‌شود که رفتار خشونت‌بار آنان و تنبیه‌های دشواری که بر فرزند خود روا می‌دارند، سلامت جسمی و تربیت اخلاقی کودک را به خطر می‌اندازد. در این صورت دادگاه می‌تواند حق حضانت را معلق کند و کودک را به هزینهٔ پدر به دیگری بسپارد.

بر خلاف ناتوانی و بیماری و انحطاط اخلاقی که باعث سقوط حق حضانت به طور کلی می‌شود، مانع خشونت احتمال دارد نسبی و تنها ناظر به یکی از فرزندان باشد. زیرا، گاه دیده می‌شود که پدر یا مادر نسبت به یکی از فرزندان خود خشونت می‌ورزند و در بارهٔ سایرین رفتار معقول دارند. پس، دادگاه می‌تواند بخشی از اختیار حضانت در بارهٔ همان فرزند را معلق دارد و سایر فرزندان را در اختیار آنان باقی گذارد. به بیان دیگر، سقوط حق حضانت ممکن است نسبی باشد[1].

گفتار چهارم : مسؤولیت ناشی از حضانت

الف : مسؤولیت در برابر کودک

۴۲۸. مسؤولیت حقوقی:

چنان‌که گفته شد، حضانت کودک تنها حق پدر و مادر نیست؛ نوعی وظیفهٔ اخلاقی و اجتماعی نیز هست. پس، اگر مادری که حضانت با او است فرزند بی پناه را در بیابان رها کند و کودک صدمه‌ای ببیند، مسؤول خسارات ناشی از این ناسپاسی و بی‌رحمی است. مادهٔ ۷۹ قانون امور حسبی مقرر می‌دارد: «**قیم باید در تربیت و اصلاح محجور سعی و اهتمام نماید و در امور او رعایت مصلحت را بنماید**» مانند چنین تکلیفی در حضانت نیز آمده است. درمادهٔ ۱۱۷۸ ق.م. آمده است: «**ابوین مکلف هستند که در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهمل بگذارند**». در بارهٔ ضمانت اجرای مدنی و مسؤولیت ناشی از تخلف پدر و مادر قانون حکمی ندارد.

۱. مازو، درس حقوق مدنی، ج ۱، خانواده و محجورین، ش ۱۱۷۳ به بعد.

این سکوت به معنی مصون ماندن نیست ؛ به خاطر این است که نیازی به آن احساس نمی‌شود و محبت طبیعی پدر و مادر به فرزند بهترین ضمانت اجرای تکالیف اخلاقی آنان است.

با وجود این، اگر پدر و مادری حرمت این سکوت را نگاه ندارند، در پیشگاه عدالت نیز بی‌مکافات نمی‌مانند؛ چنان‌که مادهٔ ۱۱۷۲ اعلام می‌کند که: «**هیچ یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهدهٔ آنها است از نگاهداری او امتناع کند...**» و مادهٔ ۱۱۷۳ به دادگاه اجازه داده است که، هرگاه صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در اثر عدم مواظبت و ناشایستگی آنان به خطر افتد، حضانت را به قیم بسپارد.

ضمانت اجرای تکلیف پدر و مادر به حرمان از موهبت الهی محدود نمی‌شود. آنان نیز، مانند سایر مکلفان، نسبت به آثار بی مبالاتی و خودداری از انجام دادن تکلیف مسؤولیت مدنی دارند (مادهٔ اول قانون مسؤولیت مدنی). پس، اگر در تغذیه و درمان کودک خود اهتمام نورزند یا او را مهمل گذارند یا در اثر عدم مواظبت او را دچار صدمهٔ جسمی و روحی کنند، بایستی از عهدهٔ خسارات آن برآیند.

۴۲۹. ملاحظات اجتماعی:

قاعدهٔ حقوقی مسؤولیت پدر و مادر را ملاحظات تاریخی و اخلاقی و اجتماعی گوناگون محدود می‌کند، چندان که قانونگذار را نیز به سکوت در این باره ناگزیر ساخته است:

۱. **از نظر تاریخی:** می‌دانیم که از دیر باز در حقوق همهٔ کشورها کم و بیش فرزند در سلطهٔ پدر خانواده می‌زیسته است. قانونگذاران و حتی معلمان اخلاق، کودک را چیزی مانند ملک پدر و مادر می‌انگاشتند و اعتقاد داشتند که حکومت بر فرزند و دارایی او حق پدر است و مقام‌های اجتماعی و دولتی اختیار نظارت و دخالت در کار او را ندارند. تنها در سده‌های اخیر است که رفته رفته قوانین این اختیار نامحدود را تعدیل کردند و از اقتدار پدری کاستند و به حمایت از کودک پرداختند. با وجود این، هنوز هم سایه‌هایی از اقتدار دیرین بر سر قوانین دیده می‌شود؛ چنان‌که در مادهٔ ۷۳ ق.ا.ح. می‌خوانیم: «در

صورتی که محجور ولی یا وصی داشته باشد دادستان و دادگاه حق دخالت در ادارهٔ امور او ندارند و فقط دادرس بعد از رسیدگی لازم می‌تواند وصایت وصی را تصدیق نماید»[۱] و اختیار ولی قهری در نکاح فرزند صغیر خود (تبصرهٔ مادهٔ ۱۰۴۱ اصلاحی ق.م.) و امکان جلوگیری از نکاح دختر بالغ و رشیدی که هنوز شوهر نکرده است (مادهٔ ۱۰۴۳ ق.م.) از چهره‌های دیگر همین اقتدار تاریخی است.

۲. **از نظر اخلاقی:** هنوز هم بسیاری از مردم بر این سنت پای می‌فشارند که اختیار فرزند با پدر و مادر است و قوانین نبایستی در این رابطه دخالت کنند یا دست کم بر این باورند که حرمت پدر و مادر نباید با اقامهٔ دعوا بر آنان شکسته شود، به ویژه که هدف نهایی نیز به دست آوردن مبلغی پول به عنوان خسارت باشد. گذشتن از لغزش‌های پدر و مادر، پاداش اخلاقی فداکاری و از خودگذشتگی آنان و مسؤولیت اجتماعی است که به عهده دارند.

تعلیم‌های مذهبی و اخلاقی اسلامی نیز درا ین راه سهم بسیار مؤثر دارد. زیرا، از این دیدگاه ایستادن در برابر پدر و مادر و پنجه کشیدن بر روی آنان در هیچ شرایطی مباح نیست. فرزند ناخلف تنها نظام اجتماعی را نمی‌شکند؛ در برابر حکم خدا نیز سرکشی می‌کند و شایستهٔ مذمت و عقوبت است[۲].

۳. **از نظر اجتماعی:** دخالت مستمر دولت در خانواده از اقتدار این نهاد اجتماعی در برابر نیروهای سیاسی می‌کاهد؛ نتیجه‌ای که احتمال دارد به خودکامگی دولت یاری کند و پایه‌های سنت‌های اجتماعی را متزلزل سازد. وانگهی، ثروت کودکان خانواده بیشتر در نتیجهٔ بخشش‌های آشکار و نهان به وجود می‌آید و حمایت از این ثروت کاری

۱. در تذکرهٔ علامهٔ حلی (ج ۲، ص ۸۰) آمده است که، اگر پدر یا جد پدری ملک کودک یا دیوانه را بفروشد و بگوید که برای رفع حاجت بوده است و این امر به حاکم رجوع شود، او می‌تواند فروش را تسجیل کند و پدر یا جد پدری مکلف به اثبات حاجت و غبطهٔ مولی علیه نمی‌شود، زیرا نباید آنان در حق فرزند خویش در معرض اتهام قرار گیرند، ولی اگر وصی یا امین حاکم بفروشد، تنفیذ نمی‌شود مگر این‌که بروجود نیاز و غبطهٔ محجور دلیل اقامه شود.

۲. امام محمد غزالی در کیمیای سعادت (ج ۱، ص ۳۲۹) زیر عنوان «حقوق پدر و مادر» می‌نویسد: «... و خدای تعالی وحی فرستاد به موسی علیه السلام که، هر که فرمان مادر و پدر برد و فرمان من نبرد، وی را فرمان بردار نویسم» و باز در پایان عنوان از پیامبر نقل می‌کند که گفت: «حق مادر دو چند حق پدر است»(ص ۳۳۰).

پرزحمت و بیهوده می‌نماید.

این عوامل باعث می‌شود که مسؤولیت مدنی پدر و مادر در برابر فرزندان خانواده بیشتر چهرهٔ نظری بیابد و حتی نویسندگان و استادان حقوقی نیز نسبت به مسائل آن بی‌اعتنا بمانند.

ب : مسؤولیت در برابر اشخاص ثالث

۴۳۰. مبانی مسؤولیت مدنی:

پیش از طرح بحث، یادآوری این نکته ضرورت دارد که مسؤولیت پدر و مادر در صورتی مطرح می‌شود که خانواده همچنان پابرجا باشد و زن و شوهر و فرزندان باهم زندگی کنند، وگرنه، هرگاه حضانت کودک به عهدهٔ یکی از آن دو قرار گیرد، دیگری از این مسؤولیت مبرا است، هر چند که هزینهٔ حضانت را نیز بپردازد:

مبنای مسؤولیت پدر و مادر نسبت به خساراتی که از سوی فرزندان آنان به دیگران وارد می‌شود، مادهٔ ۷ قانون مسؤولیت مدنی است که در آن می‌خوانیم: «**کسی که نگاهداری یامواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا بر حسب قرارداد به عهدهٔ او می‌باشد در صورت تقصیر در نگهداری یا مواظبت مسؤل جبران زیان وارده ازناحیهٔ مجنون یا صغیر می‌باشد و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد از مال مجنون یا صغیر زیان جبران خواهد شد و در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران کنندهٔ زیان نباشد**»

این مسؤولیت منافاتی با ضمان صغیر و مجنون نسبت به خسارتی که به دیگران می‌زنند ندارد (مادهٔ ۱۲۱۶ ق.م.) و نباید چنین پنداشت که قانون مسؤولیت مدنی مادهٔ ۱۲۱۶ ق.م. را نسخ ضمنی کرده است. زیان دیده می‌تواند از هر دو ضمان برای جبران خسارت خود استفاده کند: از صغیر یا مجنون به استناد مادهٔ ۱۲۱۶ ق.م. و از کسی که حضانت را بر عهده دارد بر مبنای تقصیر در حفاظت. منتها، مادهٔ ۷ اقامهٔ نخستین دعوا را منوط بدین شرط ساخته است که سرپرست «**استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان**

وارده را نداشته باشد»: یعنی، در صورت تقصیر سرپرست، ضمان او بر مسؤولیت صغیر و مجنون مقدم است[1] و تنها در بارهٔ همین تقدم مشروط است که می‌توان گفت مادهٔ ۱۲۱۶ به تخصیص بر می‌خورد.

این تقدم نیز قابل توجیه است، زیرا بر فرض که تقصیر صغیر یا مجنون نیز پذیرفته شود[2]، بازهم نمی‌توان انکار کرد که تقصیر آن دو با خطای سرپرست در یک درجه نیست و به مراتب سبک‌تر و قابل اغماض‌تر است، چنان‌که در قوانین کیفری عمد آنان به منزلهٔ خطای محض است. پس، طبیعی است که قانونگذار تقصیر سرپرست کودک و دیوانه را مقدم بر خطای ایشان قرار دهد. در مورد اتلاف نیز، رابطهٔ عرفی میان دخالت کودک و دیوانه با وقوع حادثه چندان ضعیف است که نمی‌تواند رابطهٔ علیت میان تقصیر سرپرست و ورود ضرر را از بین ببرد ونسبت سرپرست و محجور را در حکم مباشر و مسبب در موارد عادی سازد. فرض کنیم پدری بی مبالات اسلحهٔ کمری خود را برای بازی در اختیار کودک می‌گذارد و او با آن خسارتی به بار می‌آورد. عرف پدر را مقصر می‌شمارد و کودک را بی گناه می‌بیند، هر چند که کودک سبب نزدیک و مباشر اتلاف باشد.

وانگهی، مسؤولیت پدر و مادر نیز در قالب قواعد عمومی می‌گنجد. زیرا، بر مبنای مادهٔ ۷ ق.م.م. آنان مسؤول جبران خسارت ناشی از تقصیر خویش قرار می‌گیرند نه فعل غیر[3]. تنها در مورد اتلاف صغیر ممیز است که ضمان مادهٔ ۷ چهرهٔ استثنایی پیدا می‌کند و پدر و مادر ضامن کار فرزند قرار می‌گیرند، چرا که در این فرض نیز، مانند سفیه، رابطهٔ عرفی میان فعل صغیر ممیز و وقوع حادثه به اندازهٔ کافی قوی هست که بتواند رابطهٔ تقصیر پدر و مادر را با آن حادثه، بر مبنای قواعد عمومی، قطع کند و کودک هشیار را در

۱. بر عکس، در حقوق فرانسه، مسؤولیت استثنایی پدر و مادر (نسبت به فعل غیر) و مسؤولیت صغیر و مجنون بر مبنای قواعد عمومی، درعرض یکدیگر است وزیان دیده می‌تواند از هر دو عنوان یکجا برای جبران خسارت استفاده کند: مازو و تنک، رسالهٔ نظری و عملی در مسؤولیت مدنی قهری و قراردادی، ج ۱، چاپ ششم، ش ۷۲۱ و ۷۲۴.

۲. همین دوره از حقوق مدنی مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی ش ۱۷۴، ۱۰۴ و ۱۰۵

۳. برای دیدن نظر مخالف: ریپر و بولانژه، ج ۲، ش ۱۰۹۷ که تقصیر پدر و مادر را در همهٔ موارد سبب دور و غیرمستقیم خسارت می‌دانند؛ پس، در دعوای زیان دیده بر پدر یا مادر می‌توان به مادهٔ ۱ قانون مسؤولیت مدنی و مواد تسبیب در قانون مدنی (قواعد عمومی) استناد کرد یا به مادهٔ ۷ قانون مسؤولیت مدنی یا به هر دو.

حکم مباشر سازد. پس، ضمان پدر و مادر نسبت به این اتلاف به واقع مسؤولیت نسبت به فعل غیر است که قانونگذار بر آنان تحمیل می‌کند. فایدهٔ استناد به مادهٔ ۷ نیز در همین مورد آشکار می‌شود.

فرض پیچیده‌تر اختیار زیان‌دیده در استناد به مادهٔ ۷ ق.م.م. در حالت دیگری است که کودکی با اتومبیل پدر به دیگری زیان برساند. در چنین حالتی، پدر به عنوان تقصیر در محافظت از فرزند (مواد ۱ و ۷ ق.م.م.) و مالکیت و حفاظت از اتومبیل (قانون بیمهٔ اجباری مسؤولیت مدنی ۱۳۴۷)[1] مسؤول قرار می‌گیرد و نفع زیان دیده در این است که به مسؤولیت اخیر تکیه کند تا از اثبات تقصیر پدر معاف شود[2].

۴۳۱. مسؤولیت استثنایی و کیفری پدر (دیه):

«دیه مالی است که به سبب جنایت بر نفس یا عضو به مجنی علیه یا به ولی یا اولیاء دم او داده می‌شود» (مادهٔ ۲۹۴ قانون مجازات اسلامی). بنابراین، دیه نوعی خسارت ناشی از جرم است که میزان آن به طور مقطوع در قانون معین می‌شود.

در تبصرهٔ مادهٔ ۳۰۶ این قانون می‌خوانیم که: **«جنایت عمد و شبه عمد نابالغ و دیوانه به منزلهٔ خطاء محض و بر عهدهٔ عاقله می‌باشد»** و چون دیهٔ جنایت خطایی محض نیز اصولا به عهدهٔ عاقله است، می‌توان نتیجه گرفت که دیهٔ ناشی از قتل و جرح کودک و دیوانه به عهدهٔ عاقله است. پدر نیز، در صورت حیات، بی‌گمان در شمار این گروه از مسؤولان است. ولی، این مسؤولیت را نباید با آن‌چه ما در این گفتار به توضیح آن می‌پردازیم اشتباه کرد. زیرا، در مسؤولیت مربوط به دیه هیچ گاه مادر شرکت ندارد، هر چند که حضانت تنها با او باشد. پدر نیز که به عنوان «عاقله» مسؤول قرار می‌گیرد، به اعتبار وظیفهٔ نگاهداری از کودک و دیوانه نیست؛ به اعتبار خویشی نسبی است که یادگار

۱. در بارهٔ این مسؤولیت، رک: همین دوره از حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، ش ۲۶۷ به بعد و ۲۴۷ به بعد.

۲. بند ۴ ماده ۱۳۸۴ ق.م. فرانسه برای پدر و مادر فرض تقصیر کرده است تا زیان دیده از اثبات آن معاف شود، ولی در مادهٔ ۷ این فرض وجود ندارد(ساواتیه، مسؤولیت مدنی، ج ۱، ش ۲۴۷ به بعد).

مفهوم خانوادهٔ بزرگ بر پایهٔ اقتدار پدری است.

وانگهی، این ضمان استثنایی ویژهٔ خسارت ناشی از جرح و قتل است و در مورد اتلاف مال غیر رعایت نمی‌شود؛ چنان‌که در مادهٔ ۳۱۱ همان قانون آمده است، اتلاف‌های مالی که به طور خطای محض انجام شود به عهدهٔ شخص تلف کننده است و عاقله عهده‌دار هیچ‌گونه خسارتهای مالی در مورد اتلاف خطایی و مانند آن نیست و فقط در خصوص قتل و جرح خطایی محض عهده‌دار می‌باشد.

از اینها گذشته، اگر جنون پس از رشد فرزند عارض شود و قیمومت به شخص دیگر نیز سپرده شود، بازهم ضمان مربوط به «دیه» بر عهدهٔ پدر است، در حالی که ولایتی بر فرزند ندارد و سرپرست امور او نیز به شمار نمی‌آید.

۴۳۲. شرط ایجاد مسؤولیت مدنی:

چنان‌که گفته شد، جز در مورد اتلاف صغیر ممیز، در واقع پدر و مادر مسؤول خطای خویشند نه ضامن خطای کودک و دیوانه. پس، پرسش اصلی بدین باز می‌گردد که تقصیر در مواظبت فرزند و رابطهٔ آن با ورود ضرر چگونه تحقق می‌پذیرد و چه شرایطی دارد؟ بی‌گمان خسارتی که وارد شده باید منسوب به صغیر و مجنون باشد، چندان که در دید عرف بتوان فعل زیانبار را به آن دو نسبت داد. ولی، آیا ضرورت دارد که دیوانه و کودک نیز مرتکب تقصیر شده باشند؟

رویهٔ قضایی به این سؤال پاسخ نداده است و به نظر می‌رسد که باید مورد اتلاف و تسبیب را جداگانه طرح کرد:

۱. در مورد اتلاف، تقصیر شرط ایجاد مسؤولیت نیست و کافی است که شخص به‌طور مستقیم مالی را تلف کند (مادهٔ ۳۲۸ ق.م.)[1]. پس، بر فرض که مسؤولیت سرپرست طفل مشروط به مسؤولیت خود او باشد، تقصیر در این راه نقشی ندارد و همین که اثبات شود کودک در تلف یا نقص مال دیگری مباشرت داشته است و وقوع حادثه در نتیجهٔ بی مبالاتی در مواظبت از او به بار آمده، پدر یا مادری که حضانت با او

۱. همین دوره از حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، ش ۸۹

است، ضامن خسارت می‌شود.

با وجود این، هرگاه اتلاف در شرایطی صورت پذیرد که در دید عرف نتوان آن را به کودک یا دیوانه نسبت داد (فرضی که علت واقعی امر دیگری است و آن دو وسیلهٔ اتلاف قرار گرفته‌اند) پدر و مادر مسؤول تلف نیستند. برای مثال، اگر زلزله یا انفجار یا سرعت ماشینی که از کنار کودک می‌گذرد او را بر روی مالی پرتاب کند یا شخص دیگری کودک را فریب دهد یا تهدید کند که در تلف مال اقدام کند، سرپرست محجور عهده‌دار خسارت آن نیست.[1] زیرا، در چنین فرضی نمی‌توان پذیرفت که تلف در نتیجهٔ تقصیر در مواظبت به بار آمده است.

احتمال دارد که در جریان این اتلاف از سوی پدر یا مادر هم تقصیری در مواظبت کودک یا دیوانه رخ دهد و این تقصیر یکی از عوامل ورود خسارت باشد: مانند این که سرپرست کودک او را در کوچه رها کند یا در نظارت بر معاشران فرزندان خود اهمال ورزد، و در نتیجه، بیگانه‌ای کودک را فریب دهد یا مجبور سازد که به دیگری زیان برساند. در این فرض، ممکن است ادعا شود که، چون مجموع تقصیر پدر یا مادر و تقصیر بیگانه زیان را به بار آورده است، باید هر دو مقصر را ضامن شمرد و به زیان دیده اختیار داد که به هر کدام می‌خواهد رجوع کند.

این ادعا در صورتی پذیرفته می‌شود که دخالت بیگانه رابطهٔ علیت عرفی میان کار محجور و ورود ضرر را از بین نبرد؛ وگرنه، جایی که عرف سبب را قوی‌تر می‌داند و مباشر را مسؤول نمی‌شمرد، به دشواری می‌توان ضمان پدر یا مادر محجور را پذیرفت؛ چنان‌که، در مورد دیوانه و کودک غیر ممیز، عرف محرک و فریبنده را مسؤول می‌شمرد و در مورد اکراه نیز محجور را آلت فعل زیانبار می‌بینند. این تعبیر، از مفاد مادهٔ ۷ به خوبی بر می‌آید، زیرا سرپرست را «مسؤول زیان وارده از ناحیهٔ مجنون یا صغیر» می‌داند و در بخش اخیر ماده پیش‌بینی کرده است که در صورت عدم استطاعت او «از مال مجنون یا صغیر زیان جبران خواهد شد»: یعنی، به فرضی می‌پردازد که، اگر تقصیر سرپرست در میان نبود، خسارت باید از دیوانه یا صغیر گرفته شود.

۱. همان کتاب، ش ۵۶

در تأیید این نظر، می‌توان گفت، هر چند که در سلسلهٔ اسباب تقصیر پدر یا مادر نیز نقش دارد، ولی با دخالت مؤثر شخص ثالث سبب ضعیف دور محسوب می‌شود؛ عاملی که رابطهٔ آن با ورود ضرر با دخالت شخص ثالث قطع شده است[1]. ملاک مادهٔ ۳۳۵ ق.م. نیز در رجحان سبب قوی‌تر و نزدیک‌تر در واقع بیان همین‌قاعده است، زیرا در این ماده می‌خوانیم: «مالک یا متصرف حیوان مسؤول خساراتی نیست که از ناحیهٔ آن حیوان وارد می‌شود مگر این‌که در حفظ حیوان تقصیر کرده باشد، لیکن در هر حال اگر حیوان به واسطهٔ عمل کسی منشأ ضرر گردد فاعل آن عمل مسؤول خسارات وارده خواهد بود».

بدین ترتیب، باید گفت ضمان کسی که عهده‌دار حضانت است به این شرط تحقق می‌یابد که دیوانه یا کودک مسؤول اتلاف مال دیگری باشد.

۲. در مورد تسبیب، رابطهٔ عرفی میان فعل شخص و ورود ضرر در جایی تحقق می‌یابد که مرتکب تقصیر کرده باشد و کار او تجاوز و عدوان به شمار آید.[2] پس، سؤال اصلی در این فرض مطرح می‌شود؛ بدین گونه که، آیا ضمان پدر یا مادر مشروط بر این است که کودک یا دیوانه نیز مرتکب تقصیر شده باشد؟

در این باره نیز رویهٔ قضایی راه حلی ارائه نمی‌کند و در نوشته‌های حقوقی ما پاسخی به آن داده نشده است. بر عکس، در حقوق فرانسه این پرسش طرح شده است و نویسندگان پاسخ‌های گوناگونی به آن داده‌اند: گروهی که صغیر و دیوانه را هیچ گاه مقصر نمی‌دانند، گفته‌اند که ضمان پدر و مادر مشروط بر این است که فعل ارتکابی نامتعارف یانامشروع باشد[3]. منتها، بعضی نتیجه گرفته‌اند که پدر و مادر مسؤول صغیر غیر ممیز و دیوانه نیستند[4] و گروه بیشتری تأیید کرده‌اند که دلایل معاف شدن از مسؤولیت، به اعتبار عدم رشد قوای دماغی کودک، مانع از مسؤولیت پدر و مادر نمی‌شود، زیرا ضمان اینان

۱. همان کتاب. ش ۲۵۴ و ۲۵۵.
۲. همان کتاب، ۵۷ به بعد.
۳. دموگ (نقل از: مازو و تنک، ج ۱، ش ۷۶۳).
۴. لالوآزار، مسئولیت مدنی، چاپ ۶، ش ۹۸۶ ـ رودیر (نقل از: مازو، همان کتاب).

بدین منظور در قانون پیش بینی شده است که جبران عدم مسؤولیت کودک را بکند[1]. رویهٔ قضایی نیز به تازگی متمایل بر این شده است که برای تحقق مسؤولیت پدر و مادر لزومی به احراز تقصیر فرزند صغیر نیست.[2]

گروه دیگر، تأیید کرده‌اند که زمانی پدر و مادر مسؤول قرار می‌گیرند که در ارتکاب فعل زیانبار بتوان تقصیری را به کودک نسبت داد، زیرا تنها در این فرض است که باید گفت آنان در مواظبت از فرزند مرتکب تقصیر شده‌اند[3]. در توجیه این نظر گفته شده است که لزوم وجود «تقصیر مواظبت» در پدر و مادر به طور ضمنی دلالت بر لزوم تقصیر از ناحیهٔ کودک نیز می‌کند. زیرا، چگونه می‌توان بر پدر و مادری که مانع از کار متعارف فرزند خود نشده‌اند خرده گرفت؟ خطای پدر و مادر عبارت از این است که در نتیجهٔ کوتاهی در مواظبت و تربیت فرزند مانع از ارتکاب تقصیر او نشده‌اند. خطای فرزند شرط مستقل مسؤولیت پدر و مادر نیست، ولی لازمهٔ مقصر شناختن آنان است.[4]

نظر اخیر با مبانی حقوق ما در تسبیب سازگارتر است، زیرا گفته شد که انتساب عرفی ورود ضرر به کودک و دیوانه در صورتی امکان دارد که آنان به کاری ناهنجار دست زنند و در سبب سازی مرتکب تجاوز وعدوان شوند. در این فرض است که به طور معمول ضرر ناروا به بار می‌آید و پدر یا مادری که حضانت را به عهده دارد شایستهٔ مذمت و نکوهش است.

برای مثال کودکی با دوچرخهٔ خویش از گذرگاه ویژه در حرکت است؛ دستفروشی بر خلاف نظام رانندگی در این گذرگاه بساط گسترده است؛ کودک به آن بساط بر می‌خورد و ضرری می‌زند. این ضرر منسوب به کودک نمی‌شود و عرف و قانون دستفروش را سبب

۱. پلنیول و ریپر، ج ۶ به‌وسیلهٔ اسمن، ش ۶۳۰ ـ ساواتیه، مسؤولیت مدنی، ش ۲۲۸ (مگر در دیوانگی پیش بینی نشده که عارض کودک می‌شود) ـ ژاک گستن، حقوق مدنی، تعهدات، مسؤولیت مدنی، ش ۸۷۷ به بعد ـ کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۲، ش ۱۱۵۱ ـ کاربونیه، ج ۴، ص ۳۴۸ و ۳۴۹ ـ ویل، تعهدات، ش ۶۴۶

۲. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲ (تعهدات)، چاپ ششم به‌وسیلهٔ فرانسوا شاباس، ش ۴۹۴.

۳. ریپر و بولانژه، ج ۲، ش ۱۰۹۹ ـ مازو و تنک، مسؤولیت مدنی، ش ۷۶۳ و ۷۶۴ ـ دیوان‌کشور، شعبهٔ مدنی، ۱۹ مه ۱۹۵۳: دالوز ۱۹۵۴، ۱۴۳.

۴. مازو و تنک، همان کتاب، ش ۷۶۴ ـ ریپر، یادداشت در دالوز ۱۹۴۱، ۷۶ ص ۷۷ ـ (و در نقد این نظر، رک: ژاک گستن، همان کتاب) ـ مارتی و رینو، ج ۲، تعهدات ش ۴۲۲ ـ ریپر و بولانژه، ج ۲، ش ۱۰۹.

آن می‌بیند که به زیان خویش اقدام کرده است. پس، طبیعی است که پدر و مادر نیز مسؤول چنین ضرری نیستند. به ویژه، که نمی‌توان رها کردن کودک و دوچرخه را در گذرگاه ویژه خطا شمرد.

کودکی دیگر، برای این‌که مهارت و شجاعت خویش را به دیگران نشان دهد، اتومبیل پدر را سوار می‌شود و به راندن و مارپیچ زدن در جادهٔ عمومی می‌پردازد و در نتیجهٔ تصادم با اتومبیل دیگر خسارتی به بار می‌آورد. در این فرض، نه تنها پدر از جهت داشتن وسیلهٔ نقلیهٔ موتوری مسؤول است، ضمان خساراتی را که کودک به دیگران زده است به عهده دارد(مادهٔ ۷ ق.م.م.).

بنابراین، به عنوان قاعدهٔ کلی می‌توان گفت، پدر یا مادری که عهده دار حضانت از کودک یا دیوانه است در صورتی ضامن خسارات ناشی از اعمال آنها است که، بر طبق قواعد عمومی مسؤولیت مدنی، بتوان کودک یا دیوانه را مسؤول شمرد[1]، خواه این مسؤولیت مشروط به داشتن تقصیر باشد یا، مانند اتلاف و داشتن وسیلهٔ نقلیهٔ موتوری، بدون تقصیر ایجاد شود. پس، اگر کودک با موتور سیکلتی که دارندهٔ آن است به دیگری ضرر بزند و این اضرار ناشی از تقصیر در نگاهداری و مواظبت پدر و مادر بشود آنان مسؤولند.

۴۳۳. آیا مادهٔ ۷ ق.م.م. شامل تقصیر در تربیت نیز هست:

در مادهٔ ۷ ق.م.م. «تقصیر در نگاهداری یا مواظبت» مبنای مسؤولیت سرپرست صغیر و مجنون و از جمله پدر یا مادری است که حضانت را به عهده دارد. نگاهداری بیشتر در موردی به کار می‌رود که سرپرست در محل سکونت خود از کودک یا دیوانه پذیرایی می‌کند و هزینهٔ غذا و محل سکونت و استراحت و لباس و تربیت او را می‌پردازد. ولی، «مواظبت» به سرپرستی معنوی و هدایت کودک و دیوانه و نظارت بر رفتار و معاشرت و تعلیم و تربیت او گفته می‌شود. به طور معمول، این دو اختیار و وظیفه با هم به قیم یا پدر

۱. مارتی و رینو، ج ۲، تعهدات، ش ۴۲۲ ـ مازو، دروس حقوق مدنی، ج۲ (تعهدات)، چاپ ششم به وسیلهٔ فرانسوا شاباس، ش ۴۹۶.

و مادر واگذار می‌شود و تجزیه‌ناپذیر می‌نماید. ولی گاه، جدای از هم نیز قابل تصور است: برای مثال، هنگامی که کودکی به کودکستان یا مهد کودک سپرده می‌شود یا نوجوانی برای فراگیری شنا یا سواری به مؤسسه‌ای می‌رود، در واقع چهرهٔ ویژه‌ای از «مواظبت» به عهدهٔ آنان است، بدون این که تکلیف در نگاهداری از کودک داشته باشند، یا دست کم تکیه بر مواظبت است و نگاهداری در آن جنبهٔ فرعی دارد.

مفهوم این دو واژه هنوز در ادبیات حقوقی ما جای مستقر نیافته و تفاوت بین آن دو نیز ثمرهٔ حقوقی مهمی در عمل ندارد[1]. زیرا دیده نشده است که دادگاه «نگاهداری» از کودکی را به شخصی بسپارد و «مواظبت» را به دیگری. ولی، از جهت تعیین دامنهٔ مسؤولیت پدر یا مادری که حضانت با او است، این پرسش اهمیت ویژه دارد که آیا «مواظبت و نگاهداری شامل «تربیت» کودک نیز هست یا ویژهٔ «نگاهداری و مواظبت» او در اضرار به دیگران است؟ به بیان دیگر، آیا می‌توان به استناد مادهٔ ۷ ق.م.م. پدر و مادر را، از جهت «تقصیر در تربیت» فرزند مسؤول خسارتی شناخت که از ناحیهٔ او به دیگران وارد شده است؟

بر طبق قواعد عمومی، هیچ کس از آثار خطای خویش مصون نیست (مادهٔ ۱ ق.م.م.) پدر و مادری که حضانت را به عهده دارند به حکم قانون مکلف به تربیت کودک خود هستند(مادهٔ ۱۱۷۸ ق.م.). کوتاهی در رعایت این تکلیف تقصیر است و پدر و مادر مسؤول نتایج کوتاهی و بی مبالاتی خویشند. ولی، این قاعدهٔ عمومی مسألهٔ خاص ما را حل نمی‌کند. بحث در این نیست که آیا تقصیر در تربیت برای پدر و مادر ضمان آور است یا نه؟ باید دید آیا این تقصیر مشمول مادهٔ ۷ ق.م.م است یا تابع قواعد عمومی؟

تفاوت در این است که، هرگاه قواعد عمومی اجرا شود، رابطهٔ میان پدر و مادر مقصر و کودک رابطهٔ میان مسبب و مباشر ورود زیان است. پس، مباشر را باید مسؤول شمرد، مگر این که سبب اقوا باشد و در دید عرف اتلاف به او نسبت داده شود (مادهٔ ۳۳۲ ق.م.). در مورد دیوانه و کودک پیش از رسیدن به سن تمیز، تقصیر در تربیت و مواظبت

۱. در حقوق فرانسه، حق نگاهداری (Droit de garde) و هدایت(Droit de direction) ازهم ممتاز شده است: ریپرو بولانژه، ج ۱، ش ۲۲۸۹ به بعد ـ مازو، دروس حقوق مدنی، ج۲، خانواده، ش ۱۱۴۵ به بعد.

مؤثرتر از مباشرت محجور است و عرف خسارت را به پدر و مادر بی مبالات و نالایق مستند می‌کند. ولی، دربارهٔ صغیر ممیز چنین نیست: نوجوانی دوازده ساله که دوران راهنمایی تحصیلی را نیز گذرانده است، به هنگام ورزش شیشهٔ خانه‌ای را می‌شکند. او مباشر ورود ضرر است و خطایش مبنای مسؤولیت قرار می‌گیرد. اگر بتوان در این زمینه تقصیری را به پدر و مادر نسبت داد و آنان را در ارتکاب فعل زیانبار مؤثر شمرد، بی‌گمان سببی دور است و عرف اتلاف را به کودک بی مبالات نسبت می‌دهد. پس، بر مبنای قواعد عمومی، نوجوان خود ضامن خسارت شیشه است ؛ در حالی که بر طبق مادهٔ ۷ ق.م.م. مسؤولیت پدر و مادر مقدم بر او است.

حتی در مورد صغیر غیر ممیز و دیوانه نیز، اگر مادهٔ ۷ ق.م.م. حکومت نداشت، احتمال داشت محجور مباشر بر پایهٔ مادهٔ ۱۲۱۶ ق.م. مسؤول قرار گیرد و عرف تقصیر در تربیت را سبب شناسد[1].

وانگهی، در انتهای مادهٔ ۷ حکمی بر مبنای انصاف دیده می‌شود که هیچ توجیه منطقی بر مبنای قواعد عمومی ندارد. زیرا، جا به جایی مسؤولیت برای پرهیز از تنگدستی مسؤول، در واقع چهره‌ای از نفوذ اخلاق در حقوق است.

پس از این مقدمه، اکنون به طرح پرسش اصلی می‌پردازیم که آیا «تقصیر در تربیت» مشمول مادهٔ ۷ ق.م.م. است یا تابع قواعد عمومی؟

در حقوق ما تاکنون پاسخی به این سؤال داده نشده است: بند ۴ از مادهٔ ۱۳۸۴ ق.م. فرانسه (اصلاح شده در ۴ ژوئن ۱۹۷۰)، پدر و مادری را که به «نگاهداری» از فرزندان صغیر خود می‌پردازند به طور تضامنی مسؤول خساراتی می‌داند که آنان سبب شده‌اند، مشروط بر این که فرزندان با پدر یا مادر در یک محل سکونت داشته باشند. در این ماده، فرض تقصیر برای نگاهداری از فرزند صغیر شده است و این پرسش را مطرح ساخته که آیا خسارات ناشی از تعلیم و تربیت بد نیز مشمول حکم مادهٔ ۱۳۸۴ است یا تابع قواعد عمومی مسؤولیت مدنی (مادهٔ ۱۳۸۲ ق.م.)؟

در پاسخ این پرسش، گروهی از نویسندگان گفته‌اند «تقصیر در تربیت» نیز مانند

۱. ریپر و بولانژه، ج ۲، ش ۱۰۹۷.

نگاهداری و مواظبت مفروض است، چرا که این دو وظیفه را نمی‌توان ازهم جدا کرد[1] و رویهٔ قضایی نیز آن را تأیید کرده است[2]. بر عکس، جمع دیگر مفاد مادهٔ ۱۳۸۴ را ناظر به «تقصیر در تربیت» نمی‌دانند و آن را ویژهٔ نگاهداری و مواظبت ساخته‌اند[3].

باید دانست که فرض «تقصیر در تربیت» پدر و مادر را ضامن مطلق خسارات وارد شده به وسیلهٔ فرزندان خود می‌سازد، زیرا دشوار است که پدر و مادر بتوانند ثابت کنند که هیچ خطایی در تربیت فرزند خود مرتکب نشده‌اند. آنان می‌توانند دلایلی بیاورند که فرزند را به مدرسه فرستاده‌اند یا شاهدانی اقامه کنند که با او خوش رفتارند، ولی هیچ یک از این عوامل آن دو را از خطایی که در قانون برایشان فرض شده است رها نمی‌سازد. تمایل نویسندگانی که خواسته‌اند بند ۴ مادهٔ ۱۳۸۴ را به تقصیر در نگاهداری و مواظبت اختصاص دهند، پرهیز از همین اشکال است. زیرا، در مورد مواظبت و نگاهداری می‌توان ثابت کرد که پدر و مادر در جلوگیری فرزند خود از اضرار به دیگران کوتاهی نکرده‌اند.

بنابراین، در حقوق ما که اثبات تقصیر به عهدهٔ زیان دیده است، آن احتیاط ضرورت ندارد. بر عکس، چون به دشواری می‌توان ثابت کرد که ضرر زدن به دیگران ناشی از تقصیر در تربیت است، پدر و مادر در غالب موارد از این مسؤولیت در عمل مصون می‌مانند. پس، جا دارد که رویهٔ قضایی با تفسیر وسیع از مادهٔ ۷ و مفهوم «مواظبت و نگاهداری» پدر و مادر را مسؤول نقص تربیت فرزند بداند (ش ۴۳۴).

با وجود این، لحن مادهٔ ۷ و گسترش حکم آن به تمام کسانی که نگاهداری یا مواظبت از کودک یا دیوانه را به حکم قانون یا قرارداد، به عهده دارند، نشان می‌دهد که قانونگذار به نقص در تربیت توجه نداشته است و می‌خواهد به مسؤولیت ناشی از نگاهداری یا مواظبت بپردازد، هر چند که مواظبت در تربیت نیز مؤثر باشد. بر مبنای تفسیر محدود از این ماده، هرگاه فرزند خطاکار به مدرسه یا نزد مربی صلاحیتدار فرستاده شود و در

۱. مارتی و رینو، ج ۲(تعهدات)، ش ۴۲۲ ـ لارومه، فرهنگ حقوق مدنی، مسؤولیت ناشی از فعل غیر، ش ۳۵۶.

۲. دیوان کشور، شعبه مدنی، ۳۱ ژانویه ۱۹۵۸: گازت دوپاله، ۱۹۵۸، ۱، ۴۵۶.

۳. دموگ، تعهدات، ج ۵، ش ۸۲۳ ـ مازو و تنک، مسؤولیت مدنی، ش ۷۶۷.

زمانی که در آن مدرسه یا نزد مربی است به دیگری ضرر برساند، پدر و مادر مسؤول زیان وارد شده به اشخاص نیستند، مگر این‌که بر طبق قواعد عمومی بتوان حادثهٔ زیانبار را به کوتاهی در تربیت منسوب کرد و مباشرت کودک در اضرار را ندیده گرفت و تقصیر مربی یا مدیر مدرسه نیز این انتساب و رابطه را قطع نکند. همچنین، در صورتی که صغیر ممیز به هنگام بازی‌های متعارف[1] به دیگران صدمه رساند، خود مسؤول خسارت است .زیرا، بر فرض که بتوان کوتاهی در تربیت را در ارتکاب فعل زیانبار مؤثر شمرد و آن را یکی از اسباب ورود ضرر قرارداد، بی‌گمان سببی دور و نامتعارف است و نمی‌تواند با مباشرت کودک یا خطای مستقیم معارضه کند[2]. پایهٔ این استدلال قوی است، ولی چون باعث می‌شود تا به ناروا ضرری جبران نشده باقی بماند، باید از نتایج آن تا حد ممکن پرهیز کرد.

۴۳۴. مسؤولیت تضامنی پدر و مادر:

مسؤولیت پیش‌بینی شده در مادهٔ ۷ ق.م.م. ناشی از تکلیف مربوط به نگاهداری و مواظبت از محجور است نه داشتن قرابت با آنان یا اقتدار پدر بر خانواده. بنابراین، هر کس حضانت را به عهده دارد، در برابر تقصیر در «نگاهداری و مواظبت» مسؤول زیان اشخاص ثالث قرار می‌گیرد، خواه پدر باشد یا مادر یا قیم و دادستان. ولی، در فرض شایع و معمول، که پدر و مادر با هم به سر می‌برند و به اشتراک حضانت از کودک خود را به عهده دارند، باید پذیرفت که در برابر زیان دیده مسؤولیت تضامنی دارند، زیرا تقسیم کار در درون خانواده و میزان کوتاهی هریک از پدر و مادر در پرهیز از وقوع حادثه چنان پیچیده و برای بیگانگان مبهم است که اثبات آن را بر عهدهٔ زیان دیده نمی‌توان قرار داد.

۱. قید «متعارف» برای این است که تقصیری از نظر نگاهداری و مواظبت متوجه پدر و مادر نشود و تنها امکان طرح و استناد به «تقصیر در تربیت» در بین باشد برای مثال، اگر پسر سیزده ساله‌ای برای بازی با توپ به زمین ورزش رود و در آنجا خطایی زیانبار از او سربزند، به دشواری می‌توان ادعا کرد که سرپرست طفل در نگاهداری یا مواظبت از او مرتکب تقصیر شده است در حالی که «تقصیر در تربیت» در این فرض نیز قابل طرح و رسیدگی است.

۲. در حالی که، اگر مادهٔ ۷ ق.م.م. شامل «تقصیر در تربیت» نیز باشد، اثبات این تقصیر باعث مسؤولیت پدر یا مادر سرپرست می‌شود و مقدم بر مسؤولیت شخصی کودک است.

بر طبق قواعد عمومی مسؤولیت مدنی نیز، جایی که چند سبب در ورود ضرر دخالت دارند، تضامن همهٔ مسؤولان از قوانین به خوبی بر می‌آید[1].

ولی، در تقسیم مسؤولیت بین پدر و مادر حکم روشنی وجود ندارد و از مبنای قوانین دو راه حل متفاوت استنباط می‌شود:

۱. مادهٔ ۱۴ ق.م.م. در موردی مشابه، که کارفرما مسؤول خسارت وارد شده از طرف کارکنان اداری و کارگران قرار می‌گیرد (مادهٔ ۱۲) مقرر می‌دارد: «**در مورد مادهٔ ۱۲، هرگاه چند نفر مجتمعاً زیانی وارد آورند متضامناً مسؤول جبران خسارات وارده هستند. در این مورد میزان مسؤولیت هر یک از آنان با توجه به نحوهٔ مداخلهٔ هر یک از طرف دادگاه تعیین خواهد شد**». حکم صراحت ندارد، ولی از جمع بند اول و دوم ماده چنین بر می‌آید که بخش دوم ناظر به تقسیم مسؤولیت بین کسانی است که در برابر دیگری به طور تضامنی مسؤول قرار گرفته‌اند.

پس، با توجه به ملاک این ماده که شباهت با حکم مادهٔ ۷ دارد، باید گفت پدر و مادری که در برابر زیان دیدهٔ از کارفرزند خود مسؤولیت تضامنی پیدا کرده‌اند، در توزیع خسارت میان خود، «با توجه به نحوهٔ مداخلهٔ هر یک» از طرف دادگاه مسؤول بخشی از ضرر قرار می‌گیرند.

فرض کنیم، در دعوای زیان‌دیده تنها پدر (به عنوان یکی از دو مسؤول متضامن) به تمام خسارت محکوم شود. پدر بر زن خود ادعا می‌کند که باید تمام یا بخشی از ضرر او را جبران سازد. اگر آن‌چه از این ماده استنباط شد به عنوان قاعده پذیرفته شود، دادگاه باید نحوهٔ مداخلهٔ هر یک از پدر و مادر را در نگاهداری و مواظبت از کودک در نظر بگیرد. برای مثال، در مورد نگاهداری از کودک نوپایی که مادر به آن می‌پردازد و پدر برای تأمین معاش به کارخانه یا اداره می‌رود، سهم مادر را بیش از پدر تعیین کند.

۱. همین دوره از حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، ۲۶۶ به بعد ـ در متن اصلاح شدهٔ بند ۴ از مادهٔ ۱۳۸۴ ق.م. فرانسه در ۱۹۷۰ نیز مسؤولیت تضامنی پدر و مادر، نسبت به زیان‌های ناشی از فعل فرزندان صغیری که با آنان زندگی می‌کنند، پیش‌بینی شده است، در حالی که در متن سابق مسؤولیت پدر و در صورت مرگ او مسؤولیت مادر مقرر شده بود.

۲. مادهٔ ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی می‌گوید: «**هرگاه چند نفر با هم سبب آسیب یا خسارتی شوند به طور تساوی عهده‌دار خسارت خواهند بود**». در این قانون، که یادگار دوران آمیختگی مسؤولیت‌های کیفری و مدنی است، بسیاری از قواعد مربوط به مسؤولیت مدنی بر مبنای فقه امامیه دیده می‌شود. مادهٔ ۳۶۵ ناظر به توزیع خسارت بین مسؤولان متضامن نیست. ولی، جایی که چند تن به نحو اجتماع در برابر زیان دیده ضامن تمام خسارت قرار می‌گیرند و عدالت ایجاب می‌کند که همهٔ خسارت بر دوش یکی از آنها تحمیل نشود، قابل استفاده است. زیرا، نشان می‌دهد که درجهٔ تقصیر نباید ملاک تقسیم نهایی خسارت باشد و همهٔ ضامنان باید به تساوی مسؤول قرار گیرند.

اگر این معیار به عنوان قاعده پذیرفته شود، در مثالی که آورده شد، در دعوای پدر بر مادر کودک، دادگاه بایستی او را به نیمی از خسارت محکوم کند، بدون این که وارد رسیدگی در نحوهٔ دخالت پدر و مادر در حفاظت از فرزند شود.

رویهٔ قضایی باید یکی از این دو راه حل را انتخاب کند؛ دو راهی که نخستین آنها با عدالت سازگارتر است و دومی از لحاظ عملی مزایای انکارناپذیر دارد. ولی به نظر می‌رسد که دلالت مادهٔ ۳۶۵ قانون جزای اسلامی بر آن‌چه مورد نظر ما است قوی‌تر و با نظر قانونگذار کنونی منطبق‌تر باشد، زیرا قانون مجازات جدیدتر و منطبق با سوازین فقهی است و آشکارا نشان می‌دهد که نظریهٔ تساوی اسباب را، در جایی که چند نفر در یک زمان و با هم سبب خسارتی شده‌اند، پذیرفته است. در حالی که مادهٔ ۱۴ قانون مسؤولیت مدنی قانون قدیم‌تر (۱۳۳۹) و اقتباس شده از حقوق خارجی است.

۴۳۵. نقد حکم مادهٔ ۷ و لزوم تفسیر گستردهٔ آن:

مبنای ضمان پدر و مادر از فرزند صغیر خود حمایت از کسانی است که از کودک زیان می‌بینند. زیرا، بر پایهٔ قواعد عمومی مسؤولیت مدنی، دعوای زیان دیده بر کودک با دو خطر جدی روبرو است: نخست این که احتمال دارد گفته شود که کودک پیش از رسیدن به سن تمیز نمی‌تواند مرتکب تقصیر شود، پس مسؤول خساراتی که در نتیجهٔ تقصیر شخص بر عهدهٔ او قرار می‌گیرد نیست. دوم این که، بر فرض مسؤولیت مرتکب پذیرفته

شود، زیان دیده به طور معمول با محکوم علیه معسر روبرو می‌شود: بیشتر کودکان مالی از خود ندارند که جبران خسارت کنند و مسؤولیت شخصی آنان جنبهٔ نظری دارد و فایده‌ای بر آن بار نیست.

برای احتراز از این دو خطر و بدین منظور که هیچ ضرری جبران نشده باقی نماند، قانونگذاران چنین اندیشیده‌اند که تحمل خسارت بر پدر و مادری که عهده‌دار حضانت از فرزند خود هستند عادلانه‌تر از تحمیل بر بیگناهی است که بر سر راه کودک قرار گرفته و زیانی ناروا برده است.

رسیدن به این هدف‌های اجتماعی با حکم مادهٔ ۷ ق.م.م. امکان ندارد، چرا که در این ماده اثبات تقصیر پدر و مادر در نگاهداری و مواظبت از فرزند و اثبات مسؤولیت کودک و وجود رابطهٔ سببیت بین تقصیر در مواظبت و وقوع حادثه با زیان دیده است؛ کاری که به دشواری انجام می‌پذیرد و، به ویژه در مواردی که کودک به سن نوجوانی رسیده است، توفیق در دعوا را با مانعی بزرگ روبرو می‌سازد. چگونه می‌توان پدر یا مادری را که مانع از دوچرخه سواری یا توپ‌بازی پسر چهارده سالهٔ خود نشده‌اند مقصر شناخت و آن را اثبات کرد؟ دشوارتر این‌که از چه راه می‌توان کوتاهی پدر و مادر را در تربیت فرزند ثابت کرد و وقوع حادثهٔ زیانبار را به آن نسبت داد؟ باید چاره‌ای اندیشید که زیان دیده از این تنگنا رها شود و بتواند زیانی را که ناروا متحمل شده است جبران کند.

نویسندگان قانون مدنی فرانسه، برای کمک به زیان دیده، جای مدعی و منکر را با ایجاد «فرض تقصیر» در مواظبت و تربیت فرزند تغییر دادند: بدین معنی که بر مبنای غلبه چنین فرض کردند که پدر و مادر در این راه مقصرند، مگر این که بتوانند ثابت کنند که نمی‌توانسته‌اند مانع از وقوع حادثهٔ موجب مسؤولیت شوند.بدین ترتیب، بار اثبات نداشتن تقصیر بر دوش پدر و مادر قرارگرفت.[1] این فرض تقصیر در حقوق آلمان و کشورهای دیگری که از قانون مدنی آلمان اقتباس شده است دیده می‌شود.

با وجود این، پاره‌ای از نویسندگان فرانسوی این تمهید را کافی نمی‌دانند و پیشنهاد

۱. شعبهٔ دوم مدنی دیوان کشور فرانسه، ۱۲ اکتبر ۱۹۵۵: دالوز ۱۹۵۶، ۳۰۱، یادداشت رودیر؛ ۲۰ ژوییه ۱۹۵۷: دالوز ۱۹۵۸، ۱۱۱ با یادداشت بلان Blanc ـ دادگاه لیون، ۲ مه ۱۹۵۸: دالوز ۱۹۵۸، ۴۹۰.

می‌کنند که پدر و مادر ضامن خساراتی شوند که از سوی کودک به دیگران وارد می‌گردد و ناگزیر از بیمهٔ تمام آن خسارات شوند و بعضی نیز، بر خلاف رویهٔ قضایی، اعتقاد دارند که تنها اثبات قوهٔ قاهره می‌تواند فرض تقصیر در مواظبت و تربیت را از بین ببرد و پدر و مادر را از مسؤولیت معاف کند[1].

در حقوق آمریکا نیز گفته شده است که پدر و مادر، نه تنها مسؤول کوتاهی خود در مواظبت از فرزند صغیر و جلوگیری از اضرار او به دیگران است، مسؤول نقص تربیت او نیز هست. این تعبیر، ضمان پدر و مادر را گسترش می‌دهد و سرکشی فرزند نیز از بار مسؤولیت آنان نمی‌کاهد. وانگهی، پدر و مادر تکلیف دارند که اشخاص ثالث را از عادات ناپسند و زیانبار فرزند خود آگاه سازند.[2]

بنابراین، بهتر بود که قانونگذار ما نیز برای پدر و مادر مسؤولیتی جدا و بیش از قیم و سرپرستان موقت کودک پیش‌بینی می‌کرد. آنان را ضامن خسارات ناشی از کارهای ناشایستهٔ فرزندان خود قرار می‌داد یا دست کم برای پدر و مادری که حضانت را به عهده دارند «فرض تقصیر» می‌کرد و ناتوانی در احتراز از وقوع حادثهٔ زیانبار را به عهدهٔ آنان می‌گذاشت.

۴۳۶. پیشنهاد گسترش مفهوم «نگاهداری و مواظبت»:

رویهٔ قضایی درکشور ما تحرک لازم را در تعدیل قواعد حقوقی و سازگارکردن آنها با نیازهای اجتماعی ندارد، وگرنه می‌توانست مادهٔ ۷ ق.م.م. را شامل مصداق‌های «تقصیر در تربیت» نیز بکند و بخشی از نقص قانون را جبران سازد. منتها، اگر روزی این فکر تحقق یابد و انگیزهٔ حمایت از زیان دیده بر نظریهٔ تقصیر غلبه کند، باید آن را به پدر و مادر (وجد پدری در صورت نبودن مادر) اختصاص داد، زیرا، جامعه انتظاری را که از

۱. ژاک‌گستن، حقوق مدنی، تعهدات، مسؤولیت مدنی، ش ۸۶۹ و ۸۸۲ به بعد و ۸۹۲ـ مازو و تنک، مسؤولیت مدنی، ج ۱، چاپ ششم، ش ۷۸۰ به بعد ـ استارک، حقوق مدنی، تعهدات، ش ۶۸۰ به بعد ـ این نویسندگان تأیید کرده‌اند که رویهٔ قضایی نیز رفته رفته به سوی مسؤولیت مطلق و بدون تقصیر پدر و مادرگام بر می‌دارد.

۲. ویلیام پراسر، حقوق خطاها (مسؤولیت مدنی)، ص ۸۹۴ ـ پراسرو و پدو استوارتز، خطاها (Torts)، دعاوی و موضوع‌ها ـ گستن، همان کتاب، ش ۸۷۰ ص ۴۳۹ به بعد.

پدر و مادر دارد و نفوذی که در رفتار و گفتار او نسبت به فرزند احساس می‌کند، با قیم یا دادستان و مربی و معلم تفاوت دارد.[1]

در وضع کنونی، چاره در این است که رویهٔ قضایی مفهوم «نگاهداری و مواظبت» را که از عوامل مهم تربیت است گسترش دهد، چندان که بخش مهمی از کارهای تربیتی را نیز فراگیرد. بدین گونه که تنها به تقصیر نزدیک به وقوع حادثه نپردازد و اثر مجموع خطاهایی را که پدر و مادر در نگاهداری و مواظبت از فرزند مرتکب شده‌اند در احراز رابطهٔ سببیت بین تقصیر و فعل کودک کافی بداند.

برای مثال، هرگاه پسر چهارده‌ساله‌ای به هنگام بازی در ورزشگاهی با سایر کودکان خشونت ورزد و خسارتی به بارآورد، پدر و مادر را نمی‌توان در سپردن فرزند به آن ورزشگاه یا از جهت مانع نشدن از بازی فرزند مذمت کرد(تقصیر نزدیک). ولی، اگر معلوم شود که خوی پرخاشگری و مزاحمت را از معاشران پیشین خود آموخته است و پدرو مادر مواظبت لازم در پرهیز از چنان معاشرت‌هایی نکرده‌اند، می‌توان حمله به کودکان را نیز نتیجهٔ تقصیر در «نگاهداری و مواظبت» شمرد و پدر و مادر را مسؤول آن قرارداد.[2] ولی، باید افزود که این توسعه بیشتر در مورد اضرار عمدی یا در حکم عمد کاربرد دارد نه خطای محض که به تربیت مربوط نمی‌شود.

۴۳۷. آیا رجوع پدر و مادر به فرزند مسؤول امکان دارد:

مادهٔ ۷ ق.م.م. امکان رجوع سرپرست محجور را به او پیش‌بینی نکرده است، ولی مادهٔ ۱۲ همان قانون ،در مورد مسؤولیت کارفرما نسبت به خساراتی که از طرف کارکنان اداری و کارگران به دیگران وارد می شود، در انتهای حکم خود اعلام می‌کند: «...کارفرما

۱. قانون مسؤولیت مدنی از نظام حقوقی آلمان در این زمینه پیروی کرده است و همهٔ کسانی را که عهده دار نگاهداری و مواظبت از طفل هستند مانند هم مسؤول قرارداده، با این تفاوت که فرض تقصیر برای آن‌ها نکرده است: در بارهٔ حقوق آلمان، رک. ژاک گستن، حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ش ۸۷۰، ص ۴۳۹ به بعد.

۲. این نکته را باید افزود که بیشتر کشورهایی که برای پدر و مادر یا سرپرست کودک فرض تقصیر کرده‌اند، آن فرض را محدود به تقصیر در مواظبت کرده‌اند. ولی در فرانسه و بلژیک و ایتالیا و یوگسلاوی، فرض تقصیر شامل «تقصیر در تربیت» نیز می‌شود: گستن، همان کتاب، ش ۸۸۱

می‌تواند به وارد کنندهٔ خسارت در صورتی که مطابق قانون مسئول شناخته شود مراجعه نماید»[1]

از سوی دیگر، می‌دانیم که صغیر و مجنون مسؤول جبران خساراتی هستند که به دیگران وارد می‌کنند، خواه مباشر اتلاف شوند یا سبب ورود ضرر را فراهم آورند (مادهٔ ۱۲۱۶ ق.م). به همین جهت، هرگاه پدر ومادری در نگاهداری و مواظبت از فرزند خود تقصیری نکرده باشند، زیان دیده می‌تواند بر دیوانه یا کودک دعوای خسارت کند و زیان وارد شده را از مال آنان جبران سازد.

بدین ترتیب، آیا نمی‌توان گفت سرپرست محجور در واقع ضامن خساراتی است که او به دیگران وارد ساخته و، بر طبق قواعد عمومی، حق دارد آن‌چه را که پرداخته است از مسؤول واقعی مطالبه کند؟ یا باید گفت، چون او خسارات ناشی از تقصیر خود را می‌پردازد حق رجوع به محجور را ندارد؟

رویهٔ قضایی در بارهٔ این پرسش راه‌حلی ندارد و نویسندگان حقوقی نیز به آن توجه نکرده‌اند و به نظر می‌رسد که بایستی بین فعل دیوانه و صغیر غیر ممیز با آن‌چه صغیر ممیز مرتکب شده است تفاوت گذارد:

۱. در مورد دیوانه و کودکی که به سن تمیز نرسیده است، هرگاه پدر و مادری که حضانت را به عهده دارند در نگاهداری و مواظبت از کودک مرتکب تقصیر شده باشند، عرف ورود خسارت را منسوب به آنان می‌کند. در بارهٔ این محجوران، دخالت تقصیر پدر و مادر چندان بر خطای سبب مستقیم چیره است که رابطهٔ علیت بین فعل کودک و دیوانه را با ورود ضرر قطع می‌کند. زیرا در آن دوران سرپرست تعیین شده توانایی نظارت کامل بر رفتار محجور و منع او از اضرار به دیگران را دارد و امکان ابتکار در برابر سلطهٔ پدر و مادر به اندازه‌ای ناچیز است که عرف به سادگی از آن می‌گذرد. مادهٔ ۷ ق.م.م. نیز بر همین مبنا مسؤولیت محجور را فرع بر ناتوانی سرپرست از جبران خسارت کرده است. بنابراین، پدر و مادری که خسارت می‌پردازد، در واقع مکافات خطای خویش را تحمل

۱. در مورد مبانی وشرایط ایجاد مسؤولیت کارفرما، رک: همین دوره از حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ج ۲ مسؤولیت‌های خاص و مختلط، ش ۳۳۵ به بعد.

می‌کند و حق رجوع به کودک و دیوانه را ندارد.

مفاد مادهٔ ۱۲۱۶ ق.م. نیز با آن‌چه گفته شد تعارض ندارد. زیرا، قانون مدنی ضمان کودک و دیوانه را، به عنوان قاعدهٔ کلی و قطع نظر از جمع تقصیر محجور با سرپرست خود، مقرر داشته است. در حالی که، ما در پی اثر تقصیر پدر و مادر بر این ضمان و حکومت آن تقصیر هستیم. پس، اگر گفته شود که ضمان محجور به هنگام جمع با مسؤولیت سرپرست جنبهٔ فرعی پیدا می‌کند و بین این دو ضمان حالت ترتب وجود دارد، سخنی گزاف و ناسازگار با اصل مسؤولیت محجور نیست.

فرض ما با ضمان کارفرما نسبت به اعمال کارکنان اداری و کارگران نیز شباهت ندارد، زیرا هر اندازه که در نظارت و هدایت کارفرما اصرار شود، بازهم اراده و ابتکار کارگر و سهم او در ارتکاب افعال زیانبار انکارناپذیر می‌نماید. در واقع، کارگر مباشر اتلاف یا سبب نزدیک آن است و کارفرما ضامن او در برابر اشخاص ثالث. قانون نیز برای کارفرما فرض تقصیر کرده است تا ضمان مورد نظر در عمل نیز تحقق پذیرد و با دشواری اثبات تقصیر روبرو نشود. به بیان دیگر، ضمان کارفرما به واقع مسؤولیت نسبت به فعل غیر است، در حالی که مسؤولیت سرپرست ناشی از تقصیر خود او است. پس، این دو فرض را نمی‌توان با هم قیاس کرد. قواعد عمومی مسؤولیت ایجاب می‌کند که ضامن فعل غیر پس از تحمل خسارت به فاعل آن رجوع کند و سرانجام مسؤولیت بر دوش سبب مستقیم ضرر نهاده شود، در حالی که رابطهٔ حادثهٔ زیانبار با ارادهٔ کودک و دیوانه چندان ضعیف و با تقصیر سرپرست چنان قوی است که عرف ضرر را به سبب قوی مستند می‌کند.

۲. در مورد کودک ممیز وضع تفاوت می‌کند؛ خسارات را انسانی به بار می‌آورد که صلاحیت تمیز نیک و بد را دارد. مواظبت از کودک در چنین دورانی به دشواری انجام می‌پذیرد، زیرا پدر و مادر نظارت و اقتدار پیشین را از دست می‌دهد. تربیت کودک و سیر طبیعی و متعارف رشد او ایجاب می‌کند که به بخشی از آزادی‌های انسان بالغ دست یابد و دوران کارآموزی زندگی اجتماعی را آغاز کند. نوجوان تازه کار در بسیاری امور خود به انتخاب می‌پردازد و تصمیم می‌گیرد و پدر و مادر تنها به هدایت او می‌پردازند.

بدین ترتیب، باید پذیرفت که فعل کودک سبب نزدیک ورود ضرر است و تقصیر سرپرست سبب دور آن. اجرای قواعد عمومی ایجاب می‌کند که نوجوان خود مسؤول ضررهای وارد به اشخاص باشد، ولی مصلحت اجتماعی انگیزهٔ آن می‌شود که پدر و مادر ضامن کار او در برابر دیگران باشند تا ضرری جبران نشده باقی نماند و بیگناهی قربانی بلند پروازی‌ها و بی‌تجربگی‌های فرزند خانواده نشود. عدالت ایجاب می‌کند که، به جای ناشناختهٔ بیگناه، ضرر بر سرپرست بی مبالات تحمیل شود.

سرپرست به واقع ضامن فعل غیر است. ولی، پس از جبران خسارت زیان دیده، این ضمان هیچ موجبی ندارد. چرا باید نوجوان ثروتمند درگرو خطای خویش نباشد و در پناه محبت یا وظیفهٔ سرپرست مصون بماند؟ پس، در رابطهٔ میان سرپرست و کودک می‌توان به مادهٔ ۱۲۱۶ ق.م. و مسؤولیت شخصی او استناد کرد.

ضرری که به بار آمده نتیجهٔ دو سبب گوناگون است: فعل کودک و تقصیر سرپرست. اگر آن فعل رابطهٔ مستقیم و بیواسطه با ورود زیان داشته باشد و کودک مباشر اتلاف به شمار آید، سرپرست (مسبب) می‌تواند برای گرفتن تمام خسارت به کودک رجوع کند، زیرا بنا به فرض سبب اقوا از مباشر نیست (مادهٔ ۳۳۲ ق.م.). ولی، هرگاه نوجوان نیز خود سبب ساز حادثه باشد(تسبیب)، مسأله تابع قواعد حاکم بر اجتماع اسباب است و دادگاه می‌تواند به نیمی از خسارت حکم دهد (مادهٔ ۳۶۵ ق.م.ا).

مبحث سوم: ولایت

گفتار نخست: مفهوم ولایت

۴۳۸. معنی ولایت:

ولایت، به معنی عام، سلطه‌ای است که شخص بر مال و جان دیگری پیدا می‌کند و شامل ولایت پدر و جد پدری و پیامبر و حاکم نیز می‌شود. ولی، در روابط خانوادگی،

عبارت از اقتداری است که قانونگذار به منظور ادارهٔ امور مالی و گاه تربیت کودک (یا سفیه و مجنونی که حجرشان متصل به زمان صغر است) به پدر و جد پدری اعطا کرده است (مادهٔ ۱۱۸۳ ق.م).[۱] گاه وصی منصوب از طرف پدر یا جد پدری را نیز در زمرهٔ اولیاء می‌آورند ؛ چنان‌که مادهٔ ۱۱۹۴ قانون مدنی می‌گوید: «پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان ولی خاص نامیده می‌شود»

ولی، باید دانست که در عرف حقوقدانان دو اصطلاح «ولایت» و «وصایت» از یکدیگر جدا است و کمتر اتفاق می‌افتد که به «وصی» نیز «ولی» گفته شود. به ویژه، که منبع اختیار «ولی» به طور مستقیم قانون است و اعطای این سمت به ارادهٔ اشخاص ارتباط ندارد، در حالی که وصی نمایندهٔ ارادی ولی است و حدود اختیار او را نیز پدر یا جد معین می‌کند. به همین جهت نیز در قانون مدنی پدر و جد پدری را اولیای قهری نامیده‌اند.

قهری بودن ولایت پدر، از نظر حقوقی و اجتماعی به معنای واقعی خود پابرجاست. زیرا، همین که طفل به دنیا آید، خود به خود در ولایت پدر قرار می‌گیرد و هیچ مقامی حق تغییر یا تنفیذ این وضع را ندارد. لیکن، ولایت جد پدری، هر چند که در دیدگاه قوانین مانند ولایت پدر است، در رسوم اجتماعی ما منوط بر این است که ولایت پدر به دلیلی از بین رفته باشد و کودک در خانوادهٔ طبیعی و مرسوم خود زندگی نکند. وانگهی، ولایت پدر در وضع عادی خود شاخهٔ حضانت را نیز به همراه دارد: یعنی، پدر کودک هم ولی او در امور مالی است و هم در کنار مادر حضانت را به عهده دارد. در حالی که، حضانت جد پدری زمانی موضوع پیدا می‌کند که پدر و مادر کودک مرده باشند، یا به دلیلی توان اجرای این تکلیف را از دست داده باشند.

در حقوق کنونی، مادر نیز در هیچ فرضی ولایت قهری بر کودک ندارد. در زمان حکومت قانون حمایت خانواده، یک چند ولایتی نیمه قهری برای مادر مقرر شد: بدین معنی که، هرگاه بعد از فوت پدر یا سقوط ولایت او کودک مادر و جد پدری داشت، مادهٔ

۱. صاحب بلغة الفقیه در تعریف ولایت می‌نویسد: «هی سلطنة علی الغیر عقلیة او شرعیة، نفساً کان او مالاً او کلیهما بالاصل او بالعارض»: ج ۳، ص ۲۱۰. بدین ترتیب، ولایت ویژهٔ ادارهٔ اموال نیست و شامل حضانت نیز می‌شود

۱۵. آن قانون مقرر می‌داشت که: «... به تقاضای دادستان تصویب دادگاه شهرستان حق ولایت به هر یک از جد پدری یا مادر تعلق می‌گیرد»، یعنی ولایت مادر و جد پدری مخلوطی از ولایت قهری و قضایی بود و از پاره‌ای جهات با «قیمومت» شباهت پیدا می‌کرد. ولی، چنان‌که تفصیل آن را خواهیم دید این وضع نیز پایان یافت.

۴۳۹. رابطهٔ ولایت و حضانت:

از آنچه تاکنون نسبت به مفهوم ولایت و حضانت گفته شد، نتیجه گرفته می‌شود که حضانت راجع به نگاهداری و تربیت کودک و ولایت ناظر به ادارهٔ اموال او است. به استناد حق حضانت نمی‌توان هیچ عمل حقوقی را به نمایندگی از طرف کودک و به حساب او انجام داد، در حالی که ولی نمایندگی مولی علیه را در تمام اموال و حقوق مالی به عهده دارد (مادهٔ ۱۱۸۳ ق.م.): ولی می‌تواند به نمایندگی قانونی از طرف کودک تصمیم بگیرد، اموال او را اداره کند، در دادرسی‌ها شرکت جوید، قرارداد ببندد و برای پس از مرگ خود وصی معین کند و به او نیز اختیار تعیین وصی دیگر دهد.

با وجود این، عواملی وجود دارد که گاه باعث اختلاط ولایت وحضانت می‌شود، چندان که گاه به دشواری می‌توان وظایف ولی طفل را از کسی که حضانت به عهدهٔ او است بازشناخت:

۱. نگاهداری و تربیت طفل در همه حال به امور مالی وابسته است. در بارهٔ نگاهداری عملی از کودک مادر مقدم است، ولی هزینهٔ آن را به طور معمول شوهر می‌دهد و، به تناسب پولی که او در این زمینه می‌پردازد، چگونگی نگاهداری طفل و به ویژه تأمین بهداشت او تفاوت می‌کند.

از سوی دیگر، شوهر ریاست خانواده را به عهده دارد و باید نقش عمده‌ای در تربیت فرزندان خود داشته باشد. پس، اگر در مدتی که حضانت با مادر است نسبت به بنیان تربیت و آموزش طفل اختلاف سلیقه‌ای پیش آید، آیا می‌توان سمت رهبری و ولایت پدر را فراموش کرد و سلیقهٔ مادر را مقدم شمرد؟

فرض کنیم دختر شش ساله‌ای آماده است که به مدرسه رود. پدر معتقد است که

فرزند او در این سنین باید به فراگرفتن زبان مادری و سنت‌های اخلاقی و مذهبی جامعه بپردازد و بهتر است به مدرسهٔ ایرانی برود. مادر استدلال می‌کند که زبان خارجی را باید از کودکی آموخت و آداب و رسوم دنیا پسند را فراگرفت و مایل است دختر را به اروپا یابه مدرسهٔ خارجی بفرستد. در این اختلاف، حضانت دختر هنوز با مادر است، لیکن پدر نیز ولی او است و ریاست خانواده را نیز به عهده دارد، پس کدام سمت را باید مقدم داشت؟

نویسندگان ما کمتر به این گونه مسایل اندیشیده‌اند و رویهٔ قضایی نیز در بارهٔ آن راه حلی ندارد، لیکن از ظاهر مواد ۱۱۷۸ و ۱۱۶۹ چنین استنباط می‌شود که مادر تنها در نگاهداری طفل مقدم است و تربیت را پدر و مادر به اشتراک بر عهده دارند. پس، در این امر مشترک تا زمانی که شوهر بر خانواده ریاست دارد باید سلیقهٔ او را، تا جایی که در مقام سوء استفاده از سمت خویش برنیامده و در پی خیرخواهی و مصلحت اندیشی است، مقدم داشت. نظم خانواده نیز چنین ایجاب می‌کند. به همین جهت است که گفته شد، تا زمانی که زن و شوهر با هم به سر می‌برند، ولایت و حضانت، را نمی‌توان به طور قاطع از هم جدا کرد.

۲. در زمانی که به حکم قانون یا دادگاه حضانت با مادر است، پدر می‌تواند برای نگاهداری و تربیت فرزند خود پس از مرگ وصی معین کند، در حالی که مادر از این حق بی‌بهره است و سمتی که در حضانت از طفل دارد وابسته به شخصیت خود او است(مادهٔ ۱۱۸۸ ق.م). در بارهٔ جد پدری نیز همین ترتیب رعایت می‌شود و ولی می‌تواند برای حضانت طفل پس از مادر تصمیم بگیرد.

از مفاد این احکام چنین بر می‌آید که ولایت بر طفل همیشه با حق حضانت از او نیز همراه است. لیکن، در تعارض حق ولی و مادر طفل، چگونگی بروز و اجرای آن تفاوت پیدا می‌کند: گاه به صورت همکاری با مادر است (نگاهداری پسر و دختر تا هفت سال) و گاه دیگر بر حق مادری برتری دارد (تربیت فرزند به ویژه بعد از سنین تقدم مادر) و زمانی هم بعد از سقوط حق مادر یا مرگ او منشأ اثر می‌شود(مانند دخالت وصی منصوب از طرف ولی).

۴۴۰. ولایت و قیمومت:

چنان که گفته شد، ولایت سمتی است که به وسیلهٔ قانون به پدر و جد پدری اعطا می‌شود، در حالی که قیم را دادگاه معین می‌کند. قیم ممکن است از خر...ان محجور یا بیگانه باشد، لیکن ولی کسی است که به طور مستقیم یا با واسطه در ایجاد کودک دخالت داشته و، گذشته از سمت قانونی، با او پیوند خونی وطبیعی دارد. در نتیجهٔ همین تفاوت‌ها است که هیچ گاه قیمومت در عرض ولایت قرار نمی‌گیرد و دادگاه نمی‌تواند، جز در مواردی که در قانون پیش بینی شده است، بیگانه‌ای را، به عنوان قیم، بر ولی یا وصی منصوب از طرف او رجحان دهد.

اختیارهای ولی نیز به مراتب بیش از قیم است. دادستان بر کار قیم نظارت کامل دارد: مبلغی را که او می‌تواند سالیانه خرج کند معین می‌سازد (مادهٔ ۱۲۷۳ ق.م.)، از او صورتحساب سالیانه می‌خواهد (مادهٔ ۱۲۴۴ همان قانون)، می‌تواند بر اعمال او ناظرانی بگمارد (مادهٔ ۱۲۴۷)، درستی پاره‌ای از معاملاتی که قیم برای مولی علیه انجام می‌دهد منوط به تصویب مدعی العموم است (مادهٔ ۱۲۴۱) و سرانجام، هرگاه مصلحت ایجاب کند یا خطایی از قیم سربزند، دادستان می‌تواند عزل او را از دادگاه بخواهد.

لیکن، در بارهٔ کارهایی که ولی انجام می‌دهد چنین نظارتی وجود ندارد و ضامن دلسوزی و امانت ولی عاطفهٔ او نسبت به فرزند خویش است و تنفیذ اعمال او با دادستان نیست.

بعد از تصویب قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳، این تفاوتها در مورد ولایت پدر همچنان باقی ماند. حتی می‌توان گفت که این قانون، با حذف ولایت جد پدری در زمان حیات پدر، بر اختیار او افزود. ولی، در مورد جد پدری و مادر، مادهٔ ۱۵ این قانون احکامی داشت که سمت آنان را به قیمومت نزدیک می‌ساخت. زیرا، ترجیح بین مادر و جد پدری به درخواست دادستان و تصویب دادگاه شهرستان انجام می‌شد و دادگاه نیز می‌توانست ادارهٔ امور صغیر را تحت نظارت دادستان قرار دهد. از سوی دیگر، در انتهای ماده آمده بود که «... امین به تشخیص دادگاه مستقلا یا تحت نظر دادستان امور صغیر را اداره خواهد کرد» و این حکم امتیازی را که تا آن زمان به ولی قهری اختصاص داشت به بیگانگان نیز می‌داد.

این سنت‌شکنی بی مورد موجب شده بود که وصف واقعی سمت مادر و جد پدری به شدت مورد تردید واقع شود و گروهی آن را ولی صغیر و جمعی قیم پندارند. ولی، رجعت به سری احکام قانون مدنی به این وضع پایان داد و قواعد و اصطلاح‌ها را بر جای خود نشاند.

گفتار دوم : تعیین ولی و مولی علیه

۴۴۱. ولایت با چه کسانی است؟

در فقه امامیه، ولایت بر طفل به اشتراک با پدر و جد پدری است و مادر نسبت به ادارهٔ اموال فرزند خویش هیچ سمتی ندارد. در صورت نبودن پدر و جد یا یکی از اجداد پدری، وصی منصوب از طرف آنان ولی طفل است و، هرگاه ولی خاص موجود نباشد، ولایت با حاکم است.[۱]

قانون مدنی نیز همین ترتیب را حفظ کرد: ولایت بر فرزند صغیر را در مرحلهٔ نخست با پدر و جد پدری قرارداد که به اشتراک و درکنار یکدیگر به طور مستقل امور مالی او را اداره می‌کنند (مواد ۱۱۸۰ و ۱۱۸۱). پس از آنان، نگهداری و تربیت و ادارهٔ اموال صغیر با وصی است (مواد ۱۱۸۸ و ۱۱۹۴) و هرگاه طفلی ولی خاص نداشته باشد، قیم این وظیفه را انجام می‌دهد (مادهٔ ۱۲۱۸) .

این وضع تا سال ۱۳۵۳ ادامه داشت، ولی در انتقاد از بی اعتنایی به مادر نسبت به ادارهٔ اموال کودک زمزمه‌هایی شنیدهٔ می‌شد. مادهٔ ۱۵ قانون حمایت خانواده در این باره

۱. محقق، شرایع، ص ۳۵۴ - علامهٔ حلی: تذکره، ج۲، کتاب حجر؛ تحریر، ج۱ ،ص ۲۱۹؛ قواعد (مفتاح الکرامة، ج ۵، ص ۲۵۵) - شهید ثانی مسالک، ج ۱، ص ۲۵۰ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۰۱ - سید محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۵، ص ۲۵۵ به بعد.
فقهای عامه نیز در این نظر با امامیه موافق هستند و تنها ابوسعید اصطخری و پیروان او از شافعی‌ها بعد از پدر و جد پدری مادر را ولی قهری می‌دانند (نقل از علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب حجر).
باید افزود که مشهور بین متقدمان این بوده است که ولایت جد پدری مشروط به وجود پدر است، (قطب الدین راوندی، فقه القرآن ج ۲، ص ۱۳۸) ولی متأخران از آن بازگشته‌اند و مشهور بر این رفته است که پس از پدر نیز ولایت با جد است: شیخ محمد حسین غروی اصفهانی، حاشیه بر مکاسب، ص ۲۲۱.

تحولی به وجود آورد و مادر را نیز در ولایت بر فرزند دخالت داد.

در این ماده آمده بود که: «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر خود می‌باشد. در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت او در ادارهٔ امور صغیر یا فوت پدر، به تقاضای دادستان و تصویب دادگاه شهرستان، حق ولایت به هر یک از جد پدری یا مادر تعلق می‌گیرد، مگر این که عدم صلاحیت آنان احراز شود که در این صورت حسب مقررات اقدام به نصب قیم یا ضم امین خواهد شد. دادگاه در صورت اقتضا ادارهٔ امور صغیر را از طرف جد پدری یا مادر تحت نظارت دادستان قرار خواهد داد. در صورتی که مادر صغیر شوهر اختیار کند حق ولایت او ساقط خواهد شد. در این صورت، اگر صغیر جد پدری نداشته یا جد پدری صالح برای ادارهٔ امور صغیر نباشد: دادگاه به پیشنهاد دادستان حسب مورد مادر صغیر یا شخص صالح دیگری را به عنوان امین یا قیم تعیین خواهد کرد. امین به تشخیص دادگاه مستقلا یا تحت نظر دادستان امور صغیر را اداره خواهد کرد».

نخستین پرسشی که در بارهٔ مفاد این مادهٔ طولانی و مبهم به ذهن می‌رسید،[1] وضع ولایت مجنون و سفیهی بود که جنون وسفه آنان متصل به زمان کودکی است. ابهام حکم از آن‌جا ناشی می‌شد که، به موجب مادهٔ ۱۱۸۰ قانون مدنی، ولایت قهری بر صغیر، و همچنین غیر رشید یا مجنونی که سفه یا جنون او متصل به زمان صغر باشد، با پدر و جد پدری است. مادهٔ ۱۵ قانون حمایت خانواده در بارهٔ ولایت احکام تازه‌ای داشت که با مادهٔ ۱۱۸۰ معارض می‌نمود و به عنوان قانون جدید می‌توانست ناسخ احکام مورد تعارض شود. ولی، این ماده تنها ناظر به ولایت صغیر بود و در بارهٔ غیر رشید و مجنون(بند ۲ مادهٔ ۱۱۸۰) حکمی نداشت: پس، این پرسش به میان می‌آمد که آیا در بارهٔ جنون یا سفه متصل به صغر باید مادهٔ ۱۱۸۰ را اجرا کرد و پدر و جد پدری را ولی قهری شمرد، یا حکم مادهٔ ۱۵، در بارهٔ شرکت مادر، در این فرض نیز اعتبار دارد[2]؟

۱. چاپ نخست این کتاب، ش ۴۰۱.

۲. پاسخی که در ابتدا از مقایسهٔ دو ماده به نظر می‌رسد این است که، چون مادهٔ ۱۱۸۰ قانون مدنی عام و ناظر به حجری است که در نتیجهٔ صغر یا سفه و جنون متصل به آن عارض شده و مادهٔ ۱۵ قانون حمایت ـ

ولی، پس از تجدید نظر سال ۶۱ و تأیید احکام پیشین قانون مدنی وضع پیچیدهٔ ولایت به همان حالت سنتی و تاریخی درآمد و اکنون ولایت بر کودک و محجوری که حجر او متصل به زمان کودکی است بر عهدهٔ پدر و جد پدری است.

۴۴۲. ولایت قهری پدر:

ولایت قهری پدر بر فرزند خود از دیرباز در همهٔ سنت‌های اخلاقی و مذهبی و نیز در قوانین پذیرفته شده است. همین که کودکی در خانواده به دنیا می‌آید، خود به خود و بدون این که نیاز به تصمیم دادگاه باشد، تحت ولایت پدر خود قرار می‌گیرد.[1] این سمت

- خانواده خاص و تنها در بارهٔ ولایت بر صغیر است، تنها در همین مورد مخصص قانون مدنی قرار می‌گیرد .بدین ترتیب، در بارهٔ محجورینی که در خانواده وجود دارد دو نوع ولایت به چشم می‌خورد:
۱) ولایت بر صغیر، که در زمان حیات پدر با او است سپس به انتخاب دادگاه به مادر یا جد پدری می‌رسد.
۲) ولایت بر غیر رشید و مجنونی که سفه یا جنون او متصل به زمان صغر است، که ولایت قهری بر آنان با پدر و جد پدری است و هیچ ترتیبی بین ولایت آن دو جود ندارد. لیکن این دوگانگی را نباید پذیرفت. زیرا، دلیل ولایت بر سفیه یا مجنونی که بعد از دوران کودکی رشد پیدا نکرده‌اند ادامهٔ ولایتی است که پدر و جد پدری از زمان کودکی بر او داشته‌اند. به همین جهت نیز، هرگاه کودکی پس از رسیدن به سن ۱۸ سال رشید و به اندک فاصله مجنون یا سفیه شود، ولایت قطع شده باز نمی‌گردد و بایستی برای ادارهٔ امور او قیم معین شود. ولایت در این دوران فرع و تابع ولایت در دوران کودکی است. پس، چگونه می‌توان ادعا کرد که جد پدری بعد از هیجده سالگی یکباره با پدر در ولایت شریک می‌شود؟

با این تحلیل، در رابطهٔ قوانین مدنی و حمایت خانواده، باید گفت که، ولایت بر صغیر حکم اصلی است و ولایت بر سفیه و مجنونی که سفه و جنون او متصل به کودکی است تابع و فرع بر آن قرار می‌گیرد. پس ،هنگامی که حکم اصلی تغییر پیدا می‌کند، فرع نیز به دنبالهٔ آن دگرگون می‌شود و نمی‌توان ادعا کرد که مادهٔ ۱۵ قانون حمایت خانواده اصل را تغییر داده لیکن فرع را به جای خود باقی گذارده است. این تعبیر، بی مبالاتی قانونگذار را در تدوین مادهٔ ۱۵ جبران می‌کند و دوگانگی نامعقول بین ولایت بر صغیر و سایر محجورین را از بین می‌برد، و به نظر می‌رسد که با مقصود واقعی نویسندگان قانون حمایت خانواده نیز سازگارتر است (چاپ نخست کتاب، ش ۴۰۱)

۱. جان لاک از هوکر نقل می‌کند: «کودکانی که هنوز عقل آنها آن نمو را نیافته که راهنمای آنان باشد، بیگناهانی که به مناسبت نقص خلقت هیچ وقت از عقل بهره نخواهند داشت. دیوانگانی که در زمان معین از راهنمایی عقل محروسند، برای حفظ خود از عقل دیگران بهره خواهند برد یعنی عقل کسانی که به سرپرستی آنان منصوب شده‌اند تا خیرشان را بجویند و تأمین کنند» و خود نیز می‌افزاید: «این همه جزء همان تکلیف کلی است که خداوند بر عهدهٔ آدمیان و دیگر جانوران گذاشته است که فرزندان خود را حفظ کنند و نمی‌توان گفت در این جا پدر بر پسر قدرت سلطنت دارد...»: آزادی فرد و قدرت دولت، اندیشمندان بزرگ جهان، بحث در عقاید سیاسی و اجتماعی هابز، لاک، استوارت میل با ترجمهٔ گزیده‌ای از نوشته‌های آنان، ترجمهٔ و نگارش دکتر محمود صناعی، ص ۱۷۴.

را، بدون دلیل یا به این بهانه که دیگری بهتر می‌تواند امور صغیر را اداره کند، نمی‌توان از پدر گرفت.

چنان که در حضانت نیز گفته شد، پدر و مادر تنها مأمورانی نیستند که از طرف دولت عهده‌دار سرپرستی و ادارهٔ امور فرزند خود شده باشند. پدر و مادر، در کنار تکلیف قانونی، حق نیز دارند و به همین جهت نمی‌توان، به دلیل این که مأمور شایسته‌تری پیدا شده است، آنان را از سمت خود برکنار کرد. قانونگذار هنوز هم به مفهوم سنتی حقی که پدر نسبت به ولایت پیدا می‌کند اعتقاد دارد و به طریق اولی در زمینهٔ حضانت نیز چنین است.[1] به همین جهت، تنها در صورت ثبوت حجر یا خیانت یا عدم قدرت و لیاقت پدر می‌توان حق تقدم او را در ادارهٔ اموال فرزند ساقط شده دانست.

۴۴۳. ولایت جد پدری :

در قانون مدنی، جد نیز با پدر در ولایت شریک است و هر یک از این دو به طور مستقل می‌تواند به نمایندگی صغیر در بارهٔ اموال او تصمیم بگیرد. لیکن، سالیان دراز است که این شرکت تنها در کتاب قانون عملی می‌شود و در عرف مردم، به ویژه در شهرها، پدر بزرگ به خود اجازه نمی‌دهد که با وجود پدر در کار خانواده دخالت کند و با پسر به رقابت پردازد. در واقع، ولایت جد پدری در زمان حیات و سلامت پدر تقریباً در زمرهٔ احکام متروک درآمده است. قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ به این وضع عملی رسمیت بخشید و پدر را در زمان حیات وَلی مستقل کودک شناخت، ولی بازگشت دوباره به احکام قانون همان وضع پیشین را احیا کرد[2].

۱. جهت اولویت حضانت بر ولایت این است که روابط عاطفی ابوین و اولاد به مراتب نزدیک‌تر و مهم‌تر از روابط مالی آنان است. فرزند را طبیعت در دامان مادر قرار می‌دهد و وابستگی او با پدر نیز امری نیست که بتوان انکار کرد. لیکن، سلطهٔ پدر و مادر بر اموال فرزند از قراردادهایی است که می‌توان (هر چند که دشوار است) از مفهوم خانواده جدا کرد. پس اگر ولایت حق باشد حضانت به طریق اولی حق است.

۲. در فقه نیز جمعی از فقیهان بین ولایت پدر و جد پدری، جز در مورد نکاح، قائل به ترتیب هستند: بدین معنی که، تا پدر حیات و صلاحیت دارد، جد پدری ولایت بر طفل ندارد: هاشم معروف الحسنی، الولایة و الشفقة و الاجاره من الفقه الاسلامی فی ثوبة الجدید، ص ۹۷ به بعد.

با وجود این، جدایی خانوادهٔ فرزند از پدر از نظر اجتماع مانع از این است که جد پدری در زمان حیات و سلامت پدر در کار کودکان او دخالت کند.

ولایت جد پدری زمانی کاربرد واقعی پیدا می‌کند که ولایت پدر پایان می‌پذیرد و ناچار باید مقامی جای او را در حمایت از کودکان خانواده بگیرد.

۴۴۴. تعارض دو ولایت:

هرگاه جد پدری پا را از مرز اجتماعی صلاحیت خود بیرون نهد و در اموال نواده‌های خود به ولایت تصرف کند، در نفوذ آن تردید نباید کرد.

بحث در فرضی پیدا می‌شود که تصرف جد پدری با پدر تعارض پیدا کند. در این فرض نیز تصرف مقدم را باید نافذ شناخت: برای مثال، هرگاه پدری خانهٔ فرزند را بفروشد و جد پدری چند روز پس از آن خانه را به دیگری منتقل کند، فروش پدر مقدم است و همچنین است در موردی که جد پدری زودتر اقدام کند و پدر بعد از او به تصرف معارض دست زند. زیرا، با قبول ولایت پدر و جد پدری باید پذیرفت که با نخستین تصرف موضوعی برای تصرف معارض دوم باقی نمی‌ماند.[۱]

دشواری در جایی است که دو تصرف متعارض همزمان صورت پذیرد، چرا که در این فرض عامل زمان نمی‌تواند در رفع تعارض مؤثر باشد و صلاحیت پدر و جد پدری روبروی یکدیگر قرار می‌گیرد. پس، این سؤال مطرح می‌شود که چه باید کرد؟ آیا اعتبار هر یک از دو تصرف در اثر تعارض با دیگری از بین می‌رود و در نتیجه هیچ کدام اعتبار ندارد یا بایستی یکی از آن دو را مقدم داشت؟ و در صورت اخیر، تصرف کدامیک مقدم است؟ پدر یا جد پدری؟

در فقه امامیه، این مسأله طرح شده و سه نظر گوناگون در بارهٔ آن اظهار شده است:

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۰۲ در این مورد ادعای اجماع نیز شده است ـ سید محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامة، سید محمد آل بحر العلوم، بلغة الفقیه، ج ۳، ص ۲۲۶ ـ سید علی طباطبایی، ریاض، ج ۱، کتاب حجر ـ شیخ محمد حسین غروی اصفهانی (کمپانی)، حاشیه بر مکاسب، ج ۱، ص ۲۱۱.

۱. چون هر دو ولایت پذیرفته شده است و هیچ کدام رجحانی بر دیگری ندارد، در صورت تعارض باید هر دو از اثر بیفتد.[۱]

۲. تصرف جد بر پدر مقدم است، بدین استحسان که او بر پدر نیز ولایت داشته است.[۲]

۳. تصرف پدر مقدم است، بدین اعتبار که نزدیک‌تر به فرزند است.[۳]

داوری عموم در زمان ما نظر اخیر را می‌پذیرد و تصرف پدر را مقدم می‌دارد، زیرا پدر بزرگ در افکار عمومی و عرف عضو خانواده نیست و با پدر نمی‌تواند رقابت کند. به این داوری باید احترام گذارد و پدر را، که در خویشی نزدیک‌تر به فرزند است و بنا به فرض دلسوزتر است، مقدم داشت[۴].

۴۴۵. مولّیٰ علیه:

چنان‌که پیش از این نیز گفته شد، این اشخاص در ولایت پدر و جد پدری قرار می‌گیرند و برای ادارهٔ امور سایر محجوران قیم معین خواهد شد:

۱. کودک، پیش از رسیدن به سن بلوغ و رشد.

۲. سفیه یا مجنونی که عدم رشد یا جنون او متصل به زمان صغر باشد، یعنی عارضهٔ سفه و جنون مانع از این شود که فرزند پس از رسیدن به سن بلوغ رشید شود. پس، اگر کودکی به سن بلوغ برسد و رشید باشد، ولایت پدر و جد پدری ساقط می‌شود. چنین فرزندی به جامعه تحویل داده شده و وظیفهٔ پدر و مادر پایان یافته است. بنابراین، اگر این شخص محجور شود، جامعه با تعیین قیم از او حمایت می‌کند.[۵]

۱. جواهر الکلام، همان کتاب.

۲. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۱، ص ۷۹ ـ و از همین نویسنده نقل شده است که در وصیت تذکره ولایت پدر را مقدم دانسته است (مسالک، ج ۱، ص ۲۵۰).

۳. علامهٔ حلی، تذکره، وصیت (نقل از مسالک) ـ شیخ جواد ملاکتاب در شرح لمعتین (نقل از بلغة الفقیه، ج ۳، ص ۲۶۷) ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۱، کتاب وصایا، ص ۴۱۶.

۴. این ترتیب را بعض از فقیهان، مانند شهید ثانی در وصیت مسالک، در بارهٔ اجداد پدری دورتر نیز رعایت کرده‌اند.

۵. برای مطالعه در فقه: رک. جواهر الکلام، جلد متاجر، کتاب حجر، ص ۳۹۹ و ۴۰۰؛ چاپ سربی، ج ۲۶، ص ۱۰۱ به بعد.

گفتار سوم: حدود اختیارات ولی

۴۴۶. نمایندگی عام ولی در امور مالی:

به موجب مادهٔ ۱۱۸۳ قانون مدنی: «**در کلیهٔ امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی علیه و لی نمایندهٔ قانونی او می‌باشد**» بدین ترتیب، نمایندگی ولی قهری عام است و هر اقدامی را که به مصلحت مولی علیه می‌داند به نام و به حساب او انجام می‌دهد، مگر این که به موجب قانون منع شده باشد.

قاعدهٔ مربوط به نمایندگی عام ولی دادرس را در اختلاف مربوط به اختیار او از تردید می‌رهاند، زیرا در هر مورد که نتواند از مفاد و روح قوانین مرزی برای این قلمرو وسیع بیابد، ولی را نمایندهٔ مولی علیه می‌شناسد و برای نافذ شناختن اعمال او نیازی به مجوز خاص ندارد. با وجود این، مفاد مادهٔ ۷۳ قانون امور حسبی نیز راهنمای مفیدی در این زمینه به شمار می‌آید.

بر طبق این ماده: «**در صورتی که محجور ولی یا وصی داشته باشد، دادستان و دادگاه حق دخالت در ادارهٔ امور او را ندارد...**» پس، می‌توان چنین نتیجه گرفت که، دست کم در بارهٔ تمام اعمالی که قیم به طور مستقل یا با اذن دادستان و دادگاه انجام می‌دهد، ولی قهری حق دارد به طور مستقل تصمیم بگیرد و از اجرای تمام تشریفاتی که به منظور اعمال نظارت دادستان بر قیم در قوانین مقرر شده معاف است.[۱]

بنابراین، ولی قهری می‌تواند اموال منقول و غیر منقول محجور را بفروشد (مواد ۸۱ و ۸۳ قانون امور حسبی)، اسناد و اشیاء قیمتی مولی علیه را نزد دیگری ودیعه گذارد و پول او را به بانک بسپارد (مادهٔ ۸۴)، حق دارد دعوای مربوط به مولی علیه را به صلح خاتمه دهد (مادهٔ ۱۲۴۲ ق.م.)، اموال او را به رهن گذارد یا معامله‌ای کند که در نتیجهٔ آن مدیون مولی علیه شود (مادهٔ ۱۲۴۱ ق.م.)، برای او قرض بگیرد و در خرید و فروش با او طرف معامله شود... و مانند اینها.

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۲۱۲.

اعمال حقوقی ولی قهری بعد از رشد صغیر نیز نفوذ حقوقی دارد و مولی علیه حق فسخ یا ابطال آن را ندارد، مگر این که ثابت کند اقدام ولی به منظور رعایت مصلحت او صورت نگرفته است.

این قاعده در مورد تصرفات ولی در اموال کودک با هیچ تردیدی روبرو نیست. ولی نسبت به وکالتی که او در زمان ولایت می‌دهد، این سؤال مطرح می‌شود که آیا وکالت با زوال حجر منفسخ می‌شود یا باقی می‌ماند؟

در پاسخ باید گفت، اگر ولی برای انجام دادن کارهایی که به عهده دارد برای خود وکیل بگیرد، وکالت با پایان ولایت منفسخ می‌شود. زیرا مسأله بدان می‌ماند که موکل وکیلی را که حق توکیل داشته و به استناد آن برای خود وکیل گرفته است عزل کند یا وکالت او به دلیل فوت یا حجر موکل یا وکیل منفسخ شود.[1]

ولی، هرگاه وکالت برای مولی علیه باشد و ولایت تنها در اعطای نیابت نقش اساسی داشته باشد، پایان ولایت اثری در آن ندارد. منتها، باید انصاف داد که وکالت به طور معمول از قسم نخست است و ولایت برای انجام وظایف ولی و برای کمک به او است.

بر عکس، اختیار ولی در امور غیر مالی، مانند نکاح و طلاق و اقرار به نسب، بر خلاف اصل است و تنها در موردی نمایندگی دارد که قانون به او اجازه داده باشد؛ چنان که می‌تواند در نکاح و طلاق به نمایندگی مجنون اقدام کند(مادهٔ ۸۸ قانون امور حسبی)، ولی در بارهٔ نکاح و طلاق سفیه نمایندگی مستقل ندارد و نمی‌تواند به جای او تصمیم بگیرد. (که امروز کمتر اتفاق می‌افتد و فشار افکار عمومی مانع از اجرای این اختیار است). و به همین جهت در مادهٔ ۱۰۴۱ اصلاح شده، قانونگذار نفوذ اذن ولی را مشروط به «رعایت مصلحت کودک» ساخت و تشخیص این مصلحت را به عهدهٔ دادگاه صالح نهاد. در مورد طلاق زوجهٔ چنین کودکی، ولی قهری نمایندگی ندارد.[2]

۱. همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۳، ش ۹۶.

۲. در بلغة الفقیه آل بحرالعلوم، در بارهٔ نفوذ تصرفات ولی قهری می‌خوانیم: «ثم الظاهر نفوذ تصرفهما مطلقاً فیما یتعلق بالطفل و ماله، نکاحاً او غیره، الاالطلاق، فانهما لایملکانه بالنص....» (ج ۳، ص ۲۷۱).

۴۴۷. حدود این نمایندگی:

با این که پدر و جد پدری بیش از هر مقام دیگر نسبت به ادارهٔ اموال فرزند خود دلسوزی و مراقبت می‌کنند و دخالت دادستان و دادگاه نظم رابطهٔ ابوین و اولاد را بر هم می‌زند، بازهم نمی‌توان لزوم دخالت استثنایی دولت را در این زمینه انکار کرد. اگر پذیرفته شود که حق پدر و جد پدری نسبت به ادارهٔ اموال فرزندان با تکلیف آمیخته است و هدف اصلی از ایجاد چنین اختیار وسیعی حمایت از کودکان و محجوران در خانواده است، باید به گونه‌ای اجازهٔ بازرسی اعمال ولی را برای دولت شناخت.

تمایل قوانین جدید بر این است که از اختیار نامحدود و خودسرانهٔ اولیای قهری بکاهند و بر نظارت جامعه بر اعمال آنان بیفزایند[1]. قانونگذاری در کشور ما نیز در همین مسیر است.[2]

محدودیت‌های نمایندگی ولی در ادارهٔ اموال مولی علیه را می‌توان به دو گروه تقسیم کرد:

۱. مواردی که به صراحت دخالت ولی قهری در قوانین منع شده است و برای تمیز آن نیازی به ارزیابی کار ولی از طرف دادگاه نیست و ما آن را محدودیت‌های قانونی می‌نامیم.

۲. مواردی که، پس از احراز سوءنیت ولی قهری و رعایت نشدن مصلحت مولی علیه، و در مقام اجرای این قاعده که «نمایندگی ولی محدود به رعایت غبطهٔ مولی علیه است» تصرفات ولی منع یا بی اثر می‌شود و ما آن را، به اعتبار لزوم دخالت دادگاه، محدودیت‌های قضایی می‌نامیم.

۱. برای دیدن این تمایل در قانونگذار فرانسه، رک: توضیح دولت هنگام تقدیم لایحهٔ مربوط به قانون ۱۴ دسامبر ۱۹۶۴ به قوهٔ مقننه (مازو، ج ۱، ص ۵۹۸ و ۵۹۹، قرائت درس ۶۴).

۲. چنان که قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ هجری شمسی به دادگاه اجازه داد که ولایت جد پدری را تحت نظارت دادستان قرار دهد. جان لاک در بارهٔ ولایت پدری می‌نویسد: «این قدرت ذاتاً و فطرتاً به پدر تعلق نمی‌گیرد و فقط وقتی تعلق می‌گیرد که او پرستار و نگهبان فرزندانش باشد و آنها را خوراک دهد و بپروراند؛ چنان که اگر پدری ترک فرزندان خود گوید و تکالیف خود را انجام ندهد کلیهٔ حقوق او بر فرزندان ساقط می‌شود»: آزادی فرد و قدرت دولت، ترجمه و نگارش محمود صناعی، ص ۱۷۶.

۴۴۸. محدودیت‌های قانونی:

در قوانین، گاه ولی قهری از پاره‌ای تصرف‌های خاص به صراحت ممنوع شده است. این مثال‌ها را می‌توان به عنوان نمونه آورد:

۱. ولی محجور نمی‌تواند مرور زمانی را که نسبت به محجور حاصل شده ساقط کند (مادهٔ ۷۶۷ قانون آئین دادرسی مدنی پیشین).

۲. به موجب مادهٔ ۳۱۳ قانون امور حسبی: «**در صورتی که تمام ورثه و اشخاصی که در ترکه شرکت دارند حاضر و رشید باشند، به هر نحوی که بخواهند می‌توانند ترکه را مابین خود تقسیم نمایند. لیکن اگر مابین آن‌ها محجور یا غایب باشد تقسیم ترکه به توسط نمایندگان آنها در دادگاه به عمل می‌آید.**»

بنابراین، ولی قهری حق ندارد در تقسیم ترکه‌ای که مولی علیه در آن شریک است، به طور مستقل و خارج از دادگاه، با سایر شریکان او توافق کند. دادگاه باید بر این تقسیم نظارت داشته باشد و رویهٔ قضایی شیوهٔ اعمال این نظارت را بدین ترتیب معین کرده است که کارشناسی برای اطمینان از تعدیل سهام انتخاب کند و، در صورتی که چگونگی تقسیم را به زیان محجور نداند، زمینه‌ای را که برای تقسیم تهیه دیده شده است تنفیذ کند (مواد ۳۰۰ به بعد).

نظر عالمان نیز گاه با استنباط از قواعد و روح قوانین انجام پاره‌ای از اعمال حقوقی را به وسیلهٔ ولی قهری ممنوع شمرده و حجر مولی علیه را «عدم اهلیت تمتع» دانسته است؛ چنان که در مورد انشاء وصیت، این نظر را اکثریت قاطع نویسندگان تأیید کرده‌اند[1]. همچنین در اموری که مباشرت شخص در آن شرط است، مانند لعان و سوگند، ولی قهری نمایندگی انجام دادن آن را ندارد.

لیکن، آن‌چه تاکنون در نوشته‌های حقوقی بدون پاسخ مانده این است که، از روح مواد ۶۶۷ و ۱۱۸۴ و ۱۲۴۱ قانون مدنی، که نفوذ اعمال ولی قهری را موکول به رعایت

۱. دکتر موسی عمید، هبه و وصیت در قانون مدنی، ش ۲۷۰ ـ مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۳، ص ۶۳ ـ دکتر جعفری لنگرودی د، وصیت، ش ۳۳۲ (در مورد سفیه) ـ دکتر ناصر کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران ش ۴۸ و ۵۱ ـ برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به، محمد بروجردی عبده، کلیات حقوق اسلامی، ص ۳۰۹.

مصلحت مولی علیه کرده است، آیا می‌توان انجام دادن اموری را که به طور معمول به زیان اشخاص است خارج از اختیارهای ولی قهری شمرد؟

برای طرح درست سؤال، باید به این مقدمه توجه داشت که، وقتی قانونگذار نظارت دادستان و دادگاه را بر ولی قهری ضروری نمی‌بیند، بدین معنی است که او را در تعیین مصلحت محجور صالح و شایستهٔ اعتماد می‌داند.

به بیان دیگر، اصل این است که هر اقدامی ولی قهری می‌کند برای رعایت غبطهٔ مولی علیه است و تا زمانی که خلاف آن ثابت نشده است نفوذ حقوقی دارد. لیکن، آیا این اصل تنها در اعمالی که می‌تواند به سود یا زیان مولی علیه باشد قابل استناد است، یا در کارهایی نیز که به طور معمول به زیان اشخاص است باید مورد احترام قرار گیرد؟

برای مثال، پدری مایل است خانهٔ فرزند خود را بفروشد یا پول او را از بانک بگیرد. این گونه کارها احتمال دارد به سود یا زیان طفل باشد، ولی چون پدر امین و نمایندهٔ قانونی او است، هیچ سردفتر یا بانکداری حق ندارد به دلیل این احتمال در اختیار پدر تردید کند و او را نمایندهٔ طفل نشناسد. اثبات خیانت ولی و بی اعتنایی به مصلحت کودک از جانب او بر خلاف ظاهر و اصل است و باید در دادگاه ثابت شود.

ولی، فرض کنیم پدری می‌خواهد خانهٔ فرزند را به دیگری ببخشد یا رهن دین خود به بانک قرار دهد. آیا در این گونه امور نیز، پیش از تصمیم قطعی دادگاه، باید ولی قهری را نمایندهٔ قانونی فرزند شمرد و ادعای او را که هبه یا رهن خانهٔ کودک نیز به سود اوست بدون دلیل پذیرفت، یا می‌توان گفت قانونگذار به طور ضمنی ولی قهری را از چنین تصرفاتی ممنوع کرده است، مگر این که ضرورت انجام دادن آنها و رعایت مصلحت طفل در دادگاه احراز شود؟

چنان که گفته شد، رویهٔ قضایی و اندیشه‌های حقوقی پاسخی به این پرسش نداده است، ولی به نظر می‌رسد که باید ولی قهری را به حکم قانون، و دست کم تا زمانی که خلاف این ظاهر در دادگاه اثبات نشده است، از انجام دادن اعمالی که نوع آنها به زیان مولی علیه است محروم دانست. زیرا، آن‌چه از روح قانون بر می‌آید و همه نیز

پذیرفته‌اند، اختیار پدر تنها «حق» او نیست و نمایندگی او در صورتی اعتبار دارد که برای رعایت غبطهٔ فرزند به کار رود[۱].

پدر امین فرزند و نمایندهٔ قانونی او است و خیانت و تجاوز او خلاف ظاهر است و نیاز به اثبات دارد. ولی این ظهور در مورد اعمالی مانند هبهٔ اموال فرزند از بین می‌رود و پدر بایستی، با اثبات مصلحت ویژه‌ای که آن را ایجاب کرده است، اختیار و نمایندگی خویش را اثبات کند.

مفاد مادهٔ ۱۲۱۷ قانون مدنی نیز این گفته را تأیید می‌کند، زیرا در مقام بیان اختیار ولی و حدود نمایندگی او مقرر می‌دارد: «ادارهٔ اموال صغار و مجانین و اشخاص غیر رشید به عهدهٔ ولی یا قیم آنان است....». پس، اموری که در عرف لازمهٔ ادارهٔ اموال محجور نیست و آن اموال را تلف یا در معرض اتلاف (مانند رهن) قرار می‌دهد، داخل در نمایندگی ولی قرار نمی‌گیرد، مگر این که ارتباط آن با حفظ و ادارهٔ اموال او اثبات شود[۲].

۴۴۹. محدودیت‌های قضایی:

چنان که گفته شد، نمایندگی ولی قهری به منظور رعایت مصلحت مولی علیه است و به همین جهت نیز اختیار ولی محدود به کارهایی است که برای حفظ غبطهٔ محجور انجام می‌دهد.[۳] لیکن، تعیین این محدودیت‌ها در صورتی به طوردقیق امکان دارد که به

۱. الضابط فی تصرف المتولی لاموال الیتامی و المجانین اعتبار الغبطة وکون التصرف علی وجه النظر و المصلحة (سید محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامة ج ۵، ص ۲۶۰ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب حجر) ـ در فقه آمده است که ولی نمی‌تواند مولی علیه را بدون مهرالمثل شوهر دهد و اگر چنین کند مولی علیه حق فسخ مهر المسمی را دارد (علامهٔ حلی، تحریر، ج ۲، ص ۶) ـ همچنین در موردی که ولی او را به غیر «کفو» شوهر دهد، دختر حق فسخ نکاح را دارد (همان کتاب، ص ۷) ـ در قواعد علامه می‌خوانیم که ولی نمی‌تواند قصاص را مطلقاً و بدون گرفتن مال و دیه عفو کند و محقق ثانی در توجیه آن می‌نویسد: «لانتفاء الغبطة»(ج ۱، ص ۲۹۵).

۲. در تذکرهٔ علامه نیز آمده است که ولی نمی‌تواند بندهٔ صغیر یا مجنون را به طور مجانی آزاد کند، زیرا این کار اتلاف مال اوست (ج ۲، کتاب حجر). بهر حال، احکامی که گفته شد، در هر تصرفی که به طور معمول به زیان محجور است، مانند ابراء ذمهٔ مدیون و اسقاط حق شفعه نیز جاری است (مفتاح الکرامة ج ۵، ص ۲۶۲).

۳. این نظر مشهور بین فقیهان امامیه است که به تابعیت از شیخ طوسی (مبسوط، ج ۲، ص ۲۰۰) به وجود آمده است: ابن‌ادریس، سرائر (نقل از بلغة الفقیه، ج ۳، ص ۲۷۱) ـ محقق شرایع، ص ۳۳۳ ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۱، ص ۷۹؛ قواعد، کتاب حجر ؛ تحریر، ج ۱، ص ۲۹۱ ـ محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ۲۹۵ ـ سید ←

این دو پرسش پاسخ داده شود:

۱. در دعوای مربوط به سوء استفادهٔ ولی از اختیار خود مدعی کیست؟ آیا ولی قهری باید رعایت مصلحت محجور را ثابت کند یا مدعی سوء استفاده باید برای خیانت یا بی‌لیاقتی ولی دلیل بیاورد.

۲. آیا اعمال حقوقی که به زیان محجور انجام شده غیر نافذ است یا فقط ولی قهری مسؤولیت جبران خسارات ناشی از تقصیر خود را در برابر مولی علیه دارد؟

در پاسخ پرسش نخست باید گفت، جز در مورد اعمالی که به حکم طبیعت خود به زیان مولی علیه و خارج از صلاحیت نماینده است، اصل این است که ولی قهری در اندیشهٔ ادارهٔ درست اموال محجور اقدام می‌کند. ولی قهری نیازی به اثبات حسن نیت خود یا مفید بودن عمل برای محجور ندارد، ولی مدعی تجاوز از اختیار باید خلاف آن را اثبات کند.

ولی، پاسخ به سؤال دوم دشوارتر است: اگر اعمالی که به زیان محجور انجام شده غیر نافذ باشد، حمایت از او به طور کامل انجام می‌گیرد و هیچ گاه اعسار ولی قهری حق او را از بین نمی‌برد، ولی این عیب مهم را دارد که حقوق اشخاصی را که با حسن نیت با نمایندهٔ محجور معامله کرده‌اند به مخاطره می‌اندازد.

دنیای داد و ستد دنیای سود و زیان و استقبال از خطر است. هر کس می‌کوشد تا آن‌چه را به دست می‌آورد گرانبهاتر از مالی باشد که از دست می‌دهد. در این تنازع باید ارادهٔ دو طرف حاکم باشد و هر یک از آن دو طرف به استواری پیمانی که بسته است مطمئن باشد. در حالی که، اگر به بهانهٔ رعایت نشدن مصلحت محجور بتوان معامله‌ای را که ولی قهری انجام داده است باطل اعلام کرد، کسانی که با او پیمان بسته‌اند آزادی خود را در گفتگوهای مقدماتی از دست می‌دهند و هیچ گاه نیز نمی‌توانند به سرنوشت آن پیمان اعتماد کنند. پس، باید چاره‌ای اندیشید که این دو مصلحت با هم جمع شود:

ـ محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۵، ص ۲۶۰ ـ نظر دیگر در فقه این است که برای نفوذ تصرف ولی قهری عدم مفسده کافی است و ضرورتی ندارد که غبطه رعایت شده باشد: سید محمد بحر العلوم، بلغة الفقیه، ج ۳، ص ۲۷۱.

۴۵۰. تحلیل اعمال زیانبار ولی :

اعمالی را که ولی قهری به نمایندگی محجور انجام می‌دهد و در آن مصلحت مولی علیه رعایت نمی‌شود باید به دو گروه اصلی تقسیم کرد:

الف. اعمالی که ولی به عمد به زیان مولی علیه و به سود خود انجام می‌دهد: در این گروه، دسته‌ای که با تبانی طرف معامله انجام می‌شود بی‌گمان غیر نافذ است. زیرا، فرض این است که ولی از حدود اختیار خویش تجاوز کرده و در ضمیر خود به عنوان نماینده و نگهبان حقوق محجور طرف معامله قرار نگرفته است. طرف قرارداد نیز در این سودجویی نامشروع با او همداستان بوده است و بیم تضییع ناروای حق او نمی‌رود. پس، باید معامله را فضولی شمرد.

بر عکس، هر جا که طرف قرارداد آگاه از تجاوز ولی قهری نیست، از نظر مصلحت‌اندیشی باید معامله را درست شمرد و ولی قهری را مسؤول خسارات ناشی از آن قرار داد. لیکن این نتیجه با مبنای مادهٔ ۱۰۷۴ قانون مدنی تعارض دارد. زیرا، ولایت نیز مانند وکالت نوعی نمایندگی است. پس، همان‌گونه که مراعات نکردن مصلحت موکل باعث عدم نفوذ کار وکیل می‌شود، تجاوز از حدود غبطهٔ مولی علیه نیز عقد را فضولی می‌سازد. در این مورد، ولی قهری از حدود نمایندگی خویش تجاوز کرده و به قصد سودجویی معامله را انجام داده است. پس، باید کار او را فضولی شمرد، هر چند که طرف قرارداد نیز با او همداستان نباشد؛ چنان که در سایر معاملات فضولی نیز تکیهٔ قانونگذار بر حمایت از مالک است و حسن نیت خریدار نمی‌تواند به چنین قراردادی نفوذ حقوقی ببخشد (مواد ۲۶۳ و ۳۲۵ ق.م).

ب ـ اعمالی که ولی قهری به عنوان نمایندگی از طرف محجور و برای حفظ مصلحت او انجام می‌دهد، لیکن در تمیز این مصلحت دچار اشتباه می‌شود، به گونه‌ای که نتیجهٔ کار بر خلاف آنچه او خواسته است به زیان مولی علیه منتهی می‌گردد. برای مثال، پدر به منظور ازدیاد سرمایهٔ فرزند با پول او به تجارت می‌پردازد و ضرر می‌بیند یا، در نتیجهٔ آگاه نبودن از بهای واقعی، کالایی را گران‌تر می‌خرد یا ارزان‌تر می‌فروشد.

در این گونه موارد، پاره‌ای از استادان معامله را فضولی پنداشته‌اند و بر همین مبنا به

ولی و قیم یا محجور اجازه داده‌اند که بطلان آن را از دادگاه بخواهند. در تأیید این نظر استدلال شده است که باید غبطهٔ واقعی مولی علیه را رعایت کند نه آن‌چه را ولی قهری مصلحت می‌پنداشته است.[1]

این نظر، از لحاظ معیار تعیین غبطهٔ محجور درست است، ولی باید انصاف داد که اعتقاد به نفوذ معامله از نظر حقوقی رجحان دارد. به ویژه، در موردی که معامله در حدود متعارف انجام شده و ولی قهری اهتمام لازم را در حفظ حقوق مولی علیه معمول داشته است، تردید نباید کرد: از هیچ متنی در قوانین چنین بر نمی‌آید که قانونگذار تضمین غبطهٔ مولی علیه را بر ولی‌تحمیل کرده باشد. چنین تحمیلی، جز در مورد غاصب و کسانی که در حکم او هستند، در حقوق کنونی مانند ندارد. ولی قهری نیز، مانند هر امین یا نمایندهٔ دیگر، وظیفه دارد که در حدود متعارف برای حفظ مصلحت مولی علیه بکوشد و بیش از این نمی‌توان از او انتظار داشت. به بیان دیگر، تعهد ولی قهری در این باب از نوع تعهدات به وسیله است نه تعهد به نتیجه.

هر انسان متعارف ممکن است در معامله‌ای مغبون شود یا کالای معیبی را ندانسته بخرد. استقبال از چنین خطرهایی لازمهٔ هرگونه فعالیت اقتصادی است و انسانی را نمی‌یابید که در زندگی مادی خود همیشه سود برده باشد. قانون نیز برای جبران ضرر نامشروع خیار غبن و عیب را پیش‌بینی کرده است. پس، چه گونه می‌توان ادعا کرد که قانون از ولی قهری انتظار معجزه دارد و هر کار زیان‌بار او را فضولی می‌داند، هر چند که با دلسوزی انجام شده باشد؟[2]

از اینها گذشته، غیر نافذ شناختن معاملهٔ ولی قهری برای طرف او زیان نامتعارفی به وجود می‌آورد که با هیچ تمهیدی جبران نمی‌شود. چنین زیانی را از که باید خواست؟ از ولی قهری دلسوز یا از مولی علیه؟

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۵ ص ۲۱۳.

۲. مرحوم سید محمد کاظم یزدی در مورد اعمال وکیل، که از این لحاظ با ولی قهری مبنای مشترک دارد، می‌نویسد: «وکذا الحال فی مسألة المصلحة و المفسدة فانه اذا مشی الوکیل فی مراعاة المصلحة علی المتعارف فتبین الخلاف لخفاء جهاتها لایحکم ببطلان معاملته بل غایته ما یکون ثبوت الخیار مع وجود موجبه» (ملحقات عروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۲۷).

حتی، در موردی هم که ولی قهری در ادارهٔ امور محجور بی لیاقتی از خود نشان داده و در حفظ منافع مولی علیه تقصیر کرده است، نباید اعمال او را فضولی شمرد. زیرا تجاوز از اختیار و قصور در انجام وظیفه دو مفهوم جداگانه است که باید از هم تمیز داده شود.

هرگاه ولی قهری، برای سودجویی یا اغراض دیگر، هنگام معامله به مصلحت مولی علیه نیندیشد و هدف او اجرای وظیفهٔ نمایندگی نباشد، باید عمل او را فضولی انگاشت. لیکن، در فرضی که ولی قهری در باطن نیز برای محجور اقدام می‌کند، کار او در حدود نمایندگی است و باید خسارات ناشی از تقصیر خود به مولی علیه را جبران سازد(مواد ۶۶۶ و ۶۶۷ ق.م).[1]

در تمیز تقصیر ولی، اراده و منش عادی او مناط اعتبار نیست؛ باید داوری عرف را مبنا قرارداد و در این راه به‌طور نوعی قضاوت کرد.[2]

باید افزود که خروج ولی قهری از عنوان نمایندگی مولی علیه امری است خلاف اصل و نیاز به اثبات دارد. پس، در هر مورد که چگونگی اقدام و قصد او مورد تردید واقع شود، باید معامله را نافذ شمرد و ولی قهری را مسؤول زیان مولی علیه قرارداد.

۴۵۱. حدود حق انتفاع ولی قهری از دارایی مولی علیه:

در حقوق فرانسه، به موجب عرف قدیمی که از حقوق رومی گرفته شده و یادگار دوران پدر شاهی است، حق انتفاع از اموال کودک به پدر یا مادری که حضانت و ولایت او را عهده‌دار است تعلق دارد. این حق، در واقع پاداشی است که، در برابر زحمات ابوین و هزینه‌هایی که برای نگهداری و تربیت کودک متحمل می‌شوند به آنان داده می‌شود و در مرحلهٔ نخست نیز به همین مصرف می‌رسد.[3]

۱. برای دیدن تحلیلی همانند در وکالت، رک: همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۳، ش ۱۰۳.
۲. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، خانواده و محجورین، ش ۱۲۶۹.
۳. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۱۱۵۴ به بعد - بر عکس، در حقوق انگلیس، پدر یا مادر هیچ حقی بر اموال فرزند خود ندارد و نمی‌تواند دستمزدکاری را که برای او انجام داده است بگیرد (بروملی، همان کتاب، ص ۵۷۲) - در فقه امامیه نیز بعضی به پدر حق می‌دهند که از مال فرزند تا هر اندازه که می‌خواهد بردارد (نقل از: ملامحسن فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج ۲، ص ۳۸۱)و در بعض از روایات این اقدام منع شده است. ←

قانون مدنی فرانسه چندین بار در بخش مربوط به خانواده تغییر یافته است و کمیسیون تجدید نظر یک بار پیشنهاد کرد که این حق از بین برود و پدر تنها بتواند هزینه‌های لازم برای نگاهداری طفل را از اموال او بردارد. با وجود این، در قانون ۴ ژوئن ۱۹۷۰ نیز حق انتفاع ولی حفظ شد و، بر طبق بند ۲ مادهٔ ۳۸۳ قانون مدنی اصلاحی، پدر یا مادری که ادارهٔ قانونی اموال کودک با او است از این حق نیز بهره‌مند می‌شود.[1]

در حقوق ایران، حق انتفاع پدر یا مادر از اموال مولی علیه سابقه ندارد:

انتفاع از مال‌کودک در صورتی مباح است که لازمهٔ نگاهداری از او یا ادارهٔ اموالش باشد؛ چنان‌که اگر مادری برای پرستاری از فرزند خود در خانهٔ او سکونت کند اجاره نمی‌پردازد یا پدری که برای جمع محصول مزرعهٔ فرزند در آن به سر می‌برد موظف به دادن اجرت‌المثل نیست. زیرا، هدف ادارهٔ مال یا نگاهداری صغیر است.

ولی، این بحث وجود دارد که ولی قهری در برابر ادارهٔ اموال محجور چه پاداشی را سزاوار است؟ آیا می‌تواند در همه حال دستمزد (اجرت المثل) خدمتی را که انجام می‌دهد بگیرد، یا اگر نیازی ندارد باید از آن چشم بپوشد و در برابر اجرای وظیفهٔ اخلاقی و اجتماعی خود پاداشی برندارد؟ در صورت فقر ولی قهری نیز آیا به میزان اجرت‌المثل کار خود استحقاق دارد یا به اندازه‌ای که احتیاج دارد یا به کم‌ترین این دو مقدار؟

در سورهٔ نساء از قرآن کریم (آیهٔ ۶)، پس از این‌که دستور داده شده است اموال یتیمان را بعد از احراز رشد به آنان دهید و از آن اموال به اسراف مخورید، آمده است که: «... و من کان غنیاً فلیستعفف و من کان فقیراً فلیأکل بالمعروف» و در تفسیر آیه و معنی کلمهٔ معروف، فقیهان و مفسران همهٔ احتمالهایی را که به آن اشاره شد داده‌اند.[2]

ـ فیض کاشانی روایتی نقل می‌کند بدین عبارت: «اذا انفق علیه ولده باحسن النفقة فلیس له ان یأخذ من ماله شیئاً» (همان کتاب).

۱. الکس ویل، اشخاص و خانواده و محجورین، ش ۷۲۰ و ۷۲۱.

۲. برای مطالعه در این باب، رجوع شود به شیخ ابو علی فضل بن حسن طبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۳، ص ۸ به بعد ـ ابوالفتوح رازی، چاپ مطبعهٔ شاهنشاهی زمان مظفرالدین شاه قاجار، ج ۱، ص ۷۱۵ به بعد سید محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامة، ج ۵، ص ۲۶۲ به بعد ـ علامهٔ حلی، تذکره ـ ج ۲، کتاب حجر ـ شهید ـ

بعضی از استادان، از قیاس ولی با قیم نتیجه گرفته‌اند که حکم مادهٔ ۱۲۴۶ قانون مدنی در باب امکان گرفتن اجرت‌المثل برای قیم، در مورد ولی قهری نیز اجرا می‌شود. در توجیه این حکم نیز گفته شده است که: «اخذ اجرت منافات با الزام قانونی ولی به انجام وظایف مزبور ندارد، زیرا عمل انسان محترم است و احترام به آن، دادن اجرت می‌باشد، مگر آنکه وظایفی باشد که نفع اجتماعی ایجاب نماید که مجانی انجام گردد»[1].

این نظر در فقه نیز طرفداران معروفی دارد[2]. به ویژه، چون در فقه نیز اجرت کسانی که عهده‌دار ادارهٔ امور صغیر می‌شوند، اعم از ولی قهری و وصی و قیم، را تابع یک حکم می‌دانند، قیاس بین وضع قیم و ولی قهری نیز از نظر تاریخی قابل توجیه است.

با وجود این، وضع پدر و مادر کودک با بیگانگانی که مأمور ادارهٔ اموال او شده‌اند یکسان نیست. پدر و مادر و به طور کلی (اولیای قهری)، کودکی را که به دنیا آورده‌اند باید از نظر جسمی و روحی سالم به جامعه تحویل دهند و در حفظ و ادارهٔ درست اموال او بکوشند. در برابر اجرای این وظیفهٔ اجتماعی نمی‌توان دستمزد خواست، زیرا پاداش آن حقی است که آنان در حضانت و تنبیه و ادارهٔ اموال او به دست آورده‌اند.[3]

این رابطهٔ عاطفی را نباید با شایبه‌های مادی آلوده کرد. پدری که در برابر انجام دادن وظایف خود دستمزد می‌خواهد، دیگر از لحاظ اخلاقی احترام ندارد و مقام والای او به حد کارگر و مباشر می‌رسد. تکلیف اخلاقی و حقوقی که فرزند در احترام به پدر و مادر دارد به خاطر از خود گذشتگی و فداکاری‌های آنان است و این اجرت المثلی است که جامعه برای خدمات آنان معین می‌کند.

چنان‌که از ظاهر قرآن بر می‌آید، در صورتی که ولی قهری نیاز مالی نداشته باشد

ـ ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۴۱۸ ـ ناصر کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران، ش ۳۲۶.

۱. دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۲۱۵ و ۲۱۶.

۲. محقق، شرایع و مختصر نافع، کتاب وصیت ـ علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، کتاب حجر ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد متاجر، کتاب وصیت، ص ۶۹۲ و ۶۹۳.

۳. در بارهٔ حرمت اخذ اجرت در برابر واجبات در فقه، رک: شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۶۳ به بعد ـ سید میرزا حسن موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیة، ج ۲، ص ۱۳۲.

نمی‌تواند از اموال مولی علیه چیزی بابت دستمزد بردارد[۱] و هرگاه نیازمند باشد باید به قدر کفایت و به اندازه‌ای که در دید عرف متناسب است از آن اموال استفاده کند (مادهٔ ۱۲۰۴ ق.م). این اندازه را در هر مورد دادرس معین می‌کند و میزان دارایی مولی‌علیه نیز در آن مؤثر است، بدون این‌که طبیعت آن را به اجرت المثل تبدیل کند.

پاره‌ای از نویسندگان گفته‌اند که آن‌چه به ولی قهری داده می‌شود نباید از میزان اجرت‌المثل کار او بیشتر باشد و مدیر اموال محجور به کمترین مقدار از اجرت واقعی و میزان احتیاج خود استحقاق دارد. لیکن، اگر طبیعت مالی که به ولی داده می‌شود اجرت‌المثل نباشد، لزومی ندارد که متناسب با میزان دستمزد تعیین شود.

پدر و جد پدری یا مادر از باب نفقهٔ اقارب می‌توانند از فرزند صغیر خود نفقه بگیرند، خواه متولی اموال باشند یا در این باره وظیفه‌ای به عهده نگیرند و به نظر می‌رسد که تنها بر این مبنا می‌توان از اموال محجور سهمی برای ایشان معین کرد.

گفتار چهارم : موارد سقوط یا تعلیق ولایت

۴۵۲. کلیات و تقسیم مطالب :

آن‌چه در بارهٔ موانع اجرای حضانت گفته شد (ش ۴۲۲ به بعد) نسبت به ولایت نیز صادق است. هیچ عاملی به طور قاطع و برای همیشه حق و تکلیف ولایت را از بین نمی‌برد. عواملی که در قانون باعث سقوط ولایت شمرده شده است، در واقع از موانع اجرای آن است و حق پدر و جد پدری یا مادر را معلق می‌کند. به همین جهت، همین که مانع بر طرف شد، دوباره سمت ولایت باز می‌گردد.

۱. مشهور فقهاء نیز همین نظر را دارند: رجوع شود به علامهٔ حلی، قواعد، کتاب حجر، ج ۱، ص ۱۶۹ - سید علی طباطبایی، ریاض، ج ۲، کتاب وصیت - شهید ثانی، شرح لمعه، ج۲، ص ۴۷، مسالک، ج۱، ص ۲۱۸ محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ۲۹۵.

موانع یا موارد تعلیق ولایت را می‌توان به دو گروه تقسیم کرد:

۱. مواردی که باعث سقوط کامل ولایت می‌شود و مراجع قضایی را مکلف می‌سازد تا ادارهٔ اموال محجور را به دیگری بسپارند.

۲. مواردی که انعزال موقت قهری را باعث نمی‌شود، ولی به دادگاه اختیار می‌دهد تا، در صورت احراز مانع پیش بینی شدهٔ در قانون، امینی را مأمور نظارت و کمک به ولی کند. گروه نخست را موارد سقوط ولایت و گروه دوم را موارد ضم امین می‌نامیم.

۴۵۳. موارد سقوط ولایت:

۱. حجر ولی: طبیعی است که محجور شایستگی ادارهٔ اموال فرزند خود را از دست می‌دهد، پس ناچار باید تا پایان حجر سمت او را به دیگری سپرد[1]. در این صورت، هرگاه محجور پدر طفل باشد، در مرحلهٔ نخست به جد پدری واگذار می‌شود. لیکن، اگر مولی علیه جد پدری نداشته باشد، باید این وظیفه به قیم واگذار شود (مادهٔ ۱۱۸۵ قانون مدنی). ولی، در موردی که پدر یا جد پدری به دلیل بیماری یا کهولت یا عدم لیاقت نتواند امور محجور را عهده‌دار شود از موارد ضم امین است (مادهٔ ۱۱۸۴ اصلاح شده).

۲. خیانت و ناتوانی و بی‌لیاقتی ولی: مشروط بر این که در سلسله مراتب اولیای قهری کسی برای جانشینی او باشد: بدین ترتیب، هرگاه خیانت یا ناتوانی پدر طفل اثبات شود و جد پدری شایسته داشته باشد، ولایت به او می‌رسد. لیکن، اگر از اولیای طفل کسی نتواند جایگزین او شود، «دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای ادارهٔ امو مالی طفل فرد صالحی را به عنوان قیم تعیین می‌نماید» (مادهٔ ۱۱۸۴ اصلاح شده).

۳. کفر: در صورتی که ولی کودک یا مجنون یا سفیه مسلمان کافر شود، ولایت ساقط می‌شود، زیرا کافر بر مسلمان ولایت ندارد (ولن یجعل الله للکافرین علی المسلمین سبیلا)[2]. ولی، هرگاه مولی علیه نیز کافر باشد، کفر ولی مانع از ولایت نیست.

۱. محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ۲۰۵.
۲. محقق ثانی، همان کتاب.

۴۵۴. موارد ضم امین:

در این موارد، ولایت به طور کامل ساقط نمی‌شود و امین دادگاه به همراه ولی قهری اموال محجور را اداره می‌کند:

۱. خیانت و ناتوانی و عدم لیاقت ولی قهری : به موجب مادهٔ ۱۱۸۴ قانون مدنی: **«هرگاه ولی قهری طفل رعایت غبطهٔ صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی‌علیه گردد، به تقاضای یکی از اقارب وی و یا به درخواست رئیس حوزهٔ قضایی، پس از اثبات، دادگاه ولّی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای ادارهٔ امور مالی طفل فرد صالحی را به عنوان قیم تعیین می‌نماید. همچنین، اگر ولی قهری به واسطهٔ کبر سن و یا بیماری و امثال آن قادر به ادارهٔ اموال مولی علیه نباشد و شخصی را هم برای این امر تعیین ننماید، طبق مقررات این ماده فردی به عنوان امین به ولی قهری منضّم می‌گردد»**[1].

بر طبق مادهٔ ۱۱۸۶ نیز: «در مواردی که بر عدم امانت ولی قهری نسبت به دارایی طفل امارات قویه موجود باشد، مدعی العموم مکلف است از محکمهٔ ابتدایی رسیدگی به عملیات او را بخواهد. محکمه در این مورد رسیدگی کرده در صورتیکه عدم امانت او معلوم شد، مطابق مادهٔ ۱۱۸۴ رفتار می‌نماید».

حکم این دو ماده ناظر به موردی است که ولی دیگری صالح برای ادارهٔ امور کودک باشد، وگرنه، هرگاه کودکی پدر و جد پدری داشته باشد و یکی از آن دو خیانت ورزد یا برای ادارهٔ اموال ناتوان شود، دیگری به تنهایی عهده‌دار وظایف ولایت می‌شود و نیازی به تعیین قیم یا ضم امین احساس نمی‌شود.

۲. عدم امکان رسیدگی به امور مولی علیه به دلیل حبس یا غیبت و مانند اینها:بر طبق مادهٔ ۱۱۸۷ قانون مدنی: «هرگاه ولی قهری منحصر به واسطهٔ غیبت یا حبس یا به هر

۱. مادهٔ واحدهٔ قانون راجع به خیانت ولی قهری مصوب اول آذرماه ۱۳۱۳ در این باره می‌گوید: «ولی قهری، (پدر یا جد) هرگاه در مقام اتلاف مال صغیر یا مجنون یا سفیه باشد، بعد از ثبوت خیانت او نسبت به اموال مولی‌علیه بطرفیت مدعی العموم در محکمه، مثل مورد مادهٔ ۷۹ قانون مدنی حاکم یک نفر امین به ولی منضم می‌کند».

علتی نتواند به امور مولی علیه رسیدگی کند و کسی را هم از طرف خود معین نکرده باشد، حاکم یک نفر امین به پیشنهاد مدعی العموم برای تصدی و ادارهٔ امور مولی علیه و سایر امور راجعهٔ به او موقتاً معین خواهد کرد».

گذشته از این موارد، که امین برای نظارت و کمک به ولی قهری تعیین می‌شود، گاه امین وظایف مستقلی پیدا می‌کند و همچون ولی قهری و وصی به ادارهٔ اموال خانواده می‌پردازد. این فرض، در صورتی است که «جنین» ولی و وصی ندارد و نیاز به نماینده‌ای دارد که اموال احتمالی او را اداره کند. پس، خویشان جنین و دادستان می‌توانند از دادگاه محل اقامت مادر درخواست تعیین امین کنند (مادهٔ ۱۰۵ و ۱۰۷ ق.ا.ح.).

امین جنین وظایفی شبیه قیم دارد؛ چنان که مادهٔ ۱۱۹ قانون امور حسبی در این باره اعلام می‌کند: «مقررات راجع به وظایف و اختیارات و مسؤولیت قیم شامل امین غایب و جنین هم می‌شود». سمت امین پس از تولد طفل پایان می‌پذیرد (مادهٔ ۱۲۰ همان قانون) و از آن هنگام قیم کودک، هر گاه زنده متولد شود، عهده‌دار وظایف امین گردد.

امین جنین، یک نمایندهٔ خانوادگی است و، در عین حال که از طرف دادگاه معین می‌شود و با نظارت دادستان انجام وظیفه می‌کند، بایستی از خویشان جنین باشد و طبیعی است که مادر شایسته‌ترین امین برای حملی است که در شکم دارد. مادهٔ ۱۰۹ قانون امور حسبی در این باره می‌گوید: **«مادر جنین در صورت داشتن صلاحیت بر دیگران مقدم است و در صورت عدم صلاحیت یا عدم قبول او اقربای نسبی و سببی جنین بر دیگران مقدم خواهند بود».**

تقدم خویشان در مورد ناتوانی ولی قهری و ضم امین نیز رعایت می‌شود، چنان که مادهٔ ۱۱۰ همان قانون می‌افزاید: **«در غیر مورد جنین، پدر و جد و مادر و اولاد و زن و شوهر کسی که امین برای ادارهٔ دارایی او معین می‌شود با داشتن صلاحیت به ترتیب مذکور بر دیگران تقدم دارند و در صورت نبودن اشخاص مذکور سایر اقربا بر دیگران مقدم هستند».**

۴۵۵. دادگاه صالح برای تعیین امین:

بر طبق بند ۱۰ از مادهٔ واحدهٔ قانون دادگاه خانواده مصوب ۱۳۸۶/۵/۸، ضم امین در صلاحیت دادگاه عمومی اختصاص یافته به امور خانوادگی است. دادگاه صالح، در مورد ضم امین، دادگاه محل اقامت ولی قهری و، در مورد امین برای جنین، دادگاه محل اقامت مادر است (مادهٔ ۱۰۷ ق.ا.ح).

اجرای این قاعده در جایی که اموال کودک در اقامتگاه ولی قهری است با هیچ مشکلی روبرو نمی‌شود. ولی، در موردی که آن اموال در حوزهٔ دادگاه دیگری باشد، ممکن است این سؤال مطرح شود که آیا دادگاه محل وقوع مال صالح برای تعیین امین است یا دادگاه محل اقامت ولی قهری؟

طرح سؤال به این سبب است که مادهٔ ۱۰۵ قانون امور حسبی، پس از تعیین دادگاه صالح برای نصب امین جنین و عاجز مقرر می‌دارد: «... و در سایر مواردی که احتیاج به تعیین امین پیدا می‌شود، دادگاه شهرستانی صالح است که در حوزهٔ آن دادگاه احتیاج به تعیین امین حاصل شده است»، پس باید دید در حوزهٔ کدام دادگاه احتیاج به تعیین امین پیدا می‌شود؟ دادگاه محل اقامت ولی قهری (که اقامتگاه کودک نیز هست) به اعتبار مالک و مدیر اموال، یا دادگاه محل وقوع مال، به این اعتبار که ادارهٔ اموال آنجا صورت می‌پذیرد؟

رویهٔ قضایی هنوز پاسخی به این سؤال نداده است و ممکن است هر یک از دو احتمال در آینده طرفدارانی پیدا کند. ولی، به نظر می‌رسد که بایستی صلاحیت دادگاه محل اقامت ولی قهری را تأیید کرد. زیرا، در مورد تعیین امین برای جنین و عاجز نیز احتمال دارد که محل وقوع اموال جنین و ناتوان در حوزهٔ دادگاه دیگری باشد و، با وجود این، مادهٔ ۱۰۵ اقامتگاه این اشخاص را مناط اعتبار صلاحیت قرار می‌دهد. در بخش نخست این ماده می‌خوانیم: «تعیین امین برای جنین در دادگاه شهرستانی بعمل می‌آید که مادر جنین در حوزهٔ آن دادگاه اقامت دارد و برای کسی که عاجز از ادارهٔ اموال خود است دادگاه شهرستانی که شخص نامبرده در حوزهٔ آن اقامت دارد...». پس، از نظر وحدت ملاک این فرض با سؤال طرح شده می‌توان گفت، جایی هم که ولی در ادارهٔ

اموال کودک ناتوان است یا لیاقت آن را ندارد یا احتمال می‌رود در انجام دادن وظایف خود خیانت ورزد، ضم امین در دادگاه خانواده محل اقامت او انجام می‌شود.

در مورد ایرانیان مقیم خارج از کشور، مادهٔ ۱۱۴ قانون امور حسبی مقرر می‌دارد: «در خارج ایران، مأمورین کنسولی ایران حق دارند برای ادارهٔ اموال ایرانیان که محتاج به تعیین امین و واقع در حوزه مأموریت آنها است موقتاً نصب امین نمایند و باید تا ده روز پس از نصب امین مدارک عمل خود را به وسیلهٔ وزارت امور خارجه به وزارت دادگستری بفرستند. نصب امین نامبرده وقتی قطعی می‌گردد که دادگاه شهرستان تهران تصمیم مأمور کنسولی را تنفیذ کند».

چنان که گفته شد، در حقوق کنونی دادگاه خانواده وظایف دادگاه شهرستان را در این باره به عهده دارد. امین موقتی که کنسول ایران در خارج از کشور معین می‌کند، نه تنها پیش از تنفیذ سمت در دادگاه خانواده وضعی متزلزل دارد، بنابر ظاهر ماده از حیث قلمرو صلاحیت نیز محدود به اموالی است که در حوزهٔ مأموریت کنسول قراردارد، خواه مالک در آن حوزه مقیم باشد یا در محل دیگر. بنابراین، اگر ایرانی مقیم آمریکا اموالی در ایران یا اروپا داشته باشد، امین منصوب از طرف کنسول ایران در آمریکا صلاحیت ادارهٔ آن اموال را ندارد، مگر این که گفته شود که مقصود اشاره به ایرانیانی است که در حوزهٔ مأموریت کنسول اقامت دارند. تعبیر اخیر بر خلاف ظاهر مادهٔ ۱۱۴ است ،زیرا واژهٔ «واقع» که در متن ماده به کار رفته است اختصاص به محل مال دارد و برای بیان اقامتگاه شخص استعمال نمی‌شود. با وجود این، ملاک مادهٔ ۱۲۲۸ اصلاح شدهٔ قانون مدنی در مورد تعیین قیم در خارج از کشور آن را تأیید می‌کند و مادهٔ ۱۱۴ ق.ا.ح. را نیز باید به همین معنا حمل کرد.

بر عکس، پس از اعلام به دادگاه، حدود صلاحیت امین تابع تصمیمی است که دادرس می‌گیرد: هرگاه انتخاب کنسول برای همهٔ اموال تنفیذ شود، امین تمام دارایی جنین یا ناتوان و کودک را بر عهده می‌گیرد. ولی، در صورتی که دادگاه مرز صلاحیت او را حوزهٔ مأموریت کنسول قرار دهد، تنها همان اموال را اداره می‌کند. اقداماتی که امین موقت در بارهٔ اموال واقع در حوزه مأموریت کنسول انجام داده است، نفوذ حقوقی دارد،

هر چند که سمت او تنفیذ نشود[1].

کلمهٔ «تنفیذ» در عرف حقوقی ما در بارهٔ عمل حقوقی موقوف یا «غیر نافذ» به کار می‌رود؛ اقدامی که آن عمل را از آغاز باطل یا نافذ می‌کند. با وجود این، بازگرداندن همهٔ کارهایی که قیم موقت انجام داده است حقوق اشخاص ثالث را که با او پیمان بسته‌اند به خطر می‌اندازد و هدف قانونگذار از ایجاد این سمت موقت را بیهوده می‌سازد. منظور قانونگذار این است که اموال بی سرپرست معطل نماند و در معرض تجاوز و خطر قرار نگیرد. حفاظت از دارایی و به ویژه ادارهٔ آن مستلزم انعقاد پیمان‌هایی است که امین در بارهٔ نگاهداری و اجاره و گاه فروش اموال ضایع شدنی با دیگران می‌بندد. این پیمان‌ها باید مصون از تزلزل باشد، وگرنه هیچ کس به استقبال چنین خطری نمی‌رود و برای پیمان بستن با امین رغبت نشان نمی‌دهد؛ همان مصلحتی که باعث می‌شود تا اقدام وکیل نیز پیش از رسیدن خبر عزل به او نافذ باشد (مادهٔ ۶۸۰ ق.م.)[2]. پس، باید گفت، تنفیذ در مادهٔ ۱۱۴ به معنی امکان ادامهٔ سمت است و به قراردادهایی که او با حسن نیت و بر مبنای ادارهٔ دارایی بسته است خللی نمی‌رساند.

این نکته را باید افزود که اجرای مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ قانون امور حسبی (در باب نظارت مأموران کنسولی بر امین) در موردی اجرا می‌شود که مخالف با عهود و قراردادهای دولت ایران با کشور خارجی محل مأموریت کنسول نباشد. مادهٔ ۱۱۶ در این باره اعلام می‌کند: «اگر در عهود و قراردادهای منعقده بین دولت ایران و دولتی که مأمور کنسولی مأموریت خود را در کشور آن دولت اجرا می‌کند ترتیبی بر خلاف مقررات دو مادهٔ فوق اتخاذ شده باشد، مأمورین مذکور مفاد آن دو ماده را تاحدی که با مقررات عهدنامه یا قرارداد مخالف نباشد اجرا خواهند کرد».

۴۵۶. اختیار امین و ولی قهری:

برای تعیین اختیار امین در ادارهٔ اموال مولی علیه، بایستی بین موردی که این اداره به

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۳۲۰.
۲. همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۳، ش ۱۱۶ به بعد.

طور کامل به امین واگذار می‌شود با موارد ضم امین تفاوت گذارد:

۱. در فرضی که ولی قهری به دلیل حبس یا غیبت یا جنگ و مانند اینها نتواند به امور مولی علیه رسیدگی کند و ناتوانی او کامل باشد، ضم امین فایده‌ای در بر ندارد. باید ادارهٔ دارایی مولی علیه را به امین سپرد (مادهٔ ۱۱۸۷ ق.م.). در این صورت، مانند موردی که ولی قهری وجود ندارد، انجام دادن کارهای مربوط به کودک یا محجور در قلمرو اختیار امین است و از این حیث با قیم شباهت کامل دارد، با این تفاوت که، هرگاه از ولی رفع محظور شود، او بدون هیچ مانعی حق دخالت در امور را دارد.

۲. در فرضی که ولی قهری در دسترس است و کم و بیش می‌تواند به سرپرستی کودک بپردازد، منتها این سرپرستی به دلیل عزل ولی یا پیری و درماندگی ناقص است، دادگاه ضم امین می‌کند (مادهٔ ۱۱۸۴ ق.م.). اختیار امین ضمیمه شده نیز دراین فرض تفاوت می‌کند:

الف: هر جایی که دلیل ضم امین ناتوانی ولی قهری است، که امین نقش معاون و وکیل او را دارد. پس ، ضم امین مانع از دخالت مستقل ولی قهری، تا جایی که توان آن را دارد، نیست. مادهٔ ۱۲۳ قانون امور حسبی امین عاجز را به منزلهٔ وکیل او می‌داند و مادهٔ ۱۱۸ همان قانون، در بیان یکی از آثار مهم این رابطه، اعلام می‌کند: «کسی که به عنوان عجز از ادارهٔ اموال برای او امین معین شده اگر تصرفی در اموال خود بنماید نافذ است وامین نمی‌تواند او را ممانعت نماید». زیرا موکل خود می‌تواند مورد وکالت را به جای آورد و جوهر وکالت اعطای نیابت است نه تفویض حق. به اضافه، امین باید تعلیمات ولی قهری را در ادارهٔ امور مولی علیه بپذیرد (مگر این که ناتوانی ولی روانی و فکری باشد).

ب: در فرضی که سبب نصب امین خیانت ولی قهری است، با انتخاب امین اختیار ولی قهری محدود می‌شود. در قانون مدنی و امور حسبی حکم خاصی برای این حالت وجود ندارد و مادهٔ ۱۱۸۴ ق.م. اصلاحی اعلام می‌کند:«... دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای ادارهٔ امور مالی طفل فرد صالحی را به عنوان قیم تعیین می‌نماید».

ج: در موردی که موجب ضم امین بی لیاقتی ولی قهری است. در این فرض نیز، مانند بروز خیانت، اختیار ولی قهری محدود می‌شود و حق دخالت در امور مولی علیه را ندارد.

۴۵۷. وظایف و مسؤولیت امین:

قانون مدنی در بارهٔ حدود اختیار و وظایف و مسؤولیت امین حکمی ندارد. ولی، در قانون امور حسبی مقرراتی وجود دارد که نشان می‌دهد وضع امین در همهٔ موارد یکسان نیست:

۱. در مادهٔ ۱۱۹ قانون امور حسبی آمده است: «مقررات راجع به وظایف و اختیارات و مسؤولیت قیم شامل امین غائب و جنین هم می‌شود». پس، هر جایی که امین به طور مستقل ادارهٔ دارایی را به عهده می‌گیرد، مانند قیم است: با نظارت دادستان انجام وظیفه می‌کند و مانند قیم نمی‌تواند به نمایندگی محجور با خود معامله کند (مادهٔ ۱۲۴۰ ق.م.) یا اموال غیر منقول مولی علیه را بدون تصویب دادستان بفروشد یا رهن گذارد یا دعاوی او را بدون اجازهٔ مدعی العموم به صلح خاتمه دهد... ومانند اینها (مواد ۱۲۴۱ و ۱۲۴۲ ق.م.).

۲. در مواردی که امین به ولی ضمیمه می‌شود تا معاون و وکیل او باشد (ناتوانی)، «امینی که برای ادارهٔ اموال عاجز معین شود به منزلهٔ وکیل عاجز و احکام وکیل نسبت به او جاری است» (مادهٔ ۱۲۳ ق.ا.ح.). پس، باید در تصرفات و اقدامات خود مصلحت و غبطهٔ ولی و محجور را رعایت کند و از حدود اختیاری که به او داده است فراتر نرود (مواد ۶۶۳ و ۶۶۷ ق.م.) و حساب مدت امانت خود را به ولی بدهد(ماده ۶۶۸)... ومانند اینها.

مبحث چهارم: وصایت

۴۵۸. ولایت قهری ـ عهدی :

دیدیم که ولایت بر فرزندان خانواده با پدر و جد پدری است. با این که در عادات و رسوم اجتماعی پدربزرگ از شمار اعضای خانواده حذف شده است، از نظر حقوقی هنوز بر نواده‌های خود ولایت دارد، و از نظر ادارهٔ دارایی کودکان و محجوران خانواده، از اقتدار پدری برخوردار است.

پدر و جد پدری (اولیای قهری)، نه تنها در زمان حیات خود سرپرستی فرزندان خانواده را به عهده دارند، می‌توانند برای پس از مرگ نیز شخصی را مأمور تربیت فرزندان و ادارهٔ دارایی آنان سازند. عمل حقوقی ناظر به تعیین و انتصاب چنین شخصی را «وصایت» یا «وصیت عهدی» و برگزیدهٔ او را «وصی» می‌نامند. بخش اخیر مادهٔ ۸۲۶ قانون مدنی در تعریف وصی می‌گوید: «... **کسی که به موجب وصیت عهدی ولی بر مورد ثلث یا بر صغیر قرارداده می‌شود وصی نامیده می‌شود**».

بنابراین، وصی نمایندهٔ عهدی ولی قهری است و همهٔ اختیار خود را از او می‌گیرد. با وجود این، وصی را نمی‌توان وکیل شمرد، زیرا اختیار وصی از زمانی آغاز می‌شود که صلاحیت ولی با مرگ او پایان می‌پذیرد. در نتیجه، باید پذیرفت که اختیار وصی شاخه‌ای از ولایت قهری است که در نتیجهٔ وصیت عهدی به «وصی» تفویض می‌شود. به همین جهت نیز دادستان بر کار وصی نظارت ندارد و قانون مدنی او را همراه با پدر و جد پدری «ولی خاص» نامیده است (مادهٔ ۱۱۹۴ ق.م.). همچنین، محدودیت‌هایی که قیم در تصرفات خود دارد، در بارهٔ وصی اجرا نمی‌شود و فرض این است که او نیز، مانند ولی قهری، مصلحت مولی علیه را رعایت می‌کند و نیازی به تضمین‌های قانونی یا نظارت دادستان در این باره وجود ندارد.

۴۵۹. یادآوری و ارجاع:

شرایط وصی، ماهیت و صایت و حقوق و اختیارهای وصی از مسائلی است که به طور معمول در وصیت گفته می‌شود.[۱] دلیل عرف حقوقی است که سرپرستی از کودکان موصی یکی از وظایفی است که احتمال دارد بر عهدهٔ امین خانوادگی گذارده شود. وصایت مفهومی به مراتب گسترده‌تر دارد و می‌تواند شامل ادارهٔ دارایی و تصفیهٔ دیون و اخراج ثلث و تکفین موصی و انجام امور خیر وسایر خواسته‌های موصی شود و سرپرستی کودکان یکی از شاخه‌های آن است که تنها پدر و جد پدری توانایی تعیین وصی برای انجام آن را دارند.

باید افزود که، هرگاه کودکی ولی قهری داشته باشد، وصی حق دخالت در کار او را ندارد.برای مثال، اگر پدری برای مواظبت از فرزندان خود و ادارهٔ دارایی آنان وصی معین کند و پس از فوت او جد پدری زنده باشد، ادارهٔ نواده‌ها با پدر بزرگ است نه وصی. این است که مادهٔ ۱۱۸۸ ق.م. در این باره اعلام می‌کند: «هریک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری می‌تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می‌باشند وصی معین کند تا بعد از فوت خود در نگاهداری و تربیت آنها مواظبت کرده و اموال آنها را اداره نماید».

مانع دیگری که در راه اجرای وصایت ولی قهری وجود دارد «حضانت» مادر است. هر جا که حق حضانت به حکم قانون با مادر باشد، ولی قهری نمی‌تواند وظایف او را به وصی واگذار کند. زیرا، حق مادر بر اختیار شخصی پدر یا جد پدری نیز مقدم است و بدیهی است که محروم از حق نمی‌تواند اعطاء کنندهٔ آن باشد. از مادهٔ ۱۱۷۰ ق.م. نیز همین قاعده به خوبی استنباط می‌شود. در این ماده آمده است: «در صورت فوت یکی از ابوین،حضانت طفل با آنکه زنده است خواهد بود هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد» و معلوم است که مقصود از «قیم» در این ماده «وصی» است، زیرا قیم را دادگاه معین می‌کند نه پدر طفل.[۲]

۱. ناصر کاتوزیان، وصیت در حقوق مدنی ایران، ش ۳۱۵ به بعد؛ همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۲، مشارکتها و صلح و عطایا، ش ۴۶۶ به بعد.
۲. وصیت در حقوق مدنی ایران، ش ۲۰۵.

ولی قهری می‌تواند اختیار تعیین وصی نیز به امین خود تفویض کند. مادهٔ ۱۱۹۰ در بیان این اختیار تصریح می‌کند که: «ممکن است پدر یا جد پدری به کسی که به سمت وصایت معین کرده اختیار تعیین وصی بعد فوت خود را برای مولی علیه بدهد». امکان تفویض چنین اختیاری احتمال معطل ماندن اجرای وصایت را از بین می‌برد و تضمین مفیدی برای حمایت دلخواه پدر از کودکان خانواده است.

مبحث پنجم: قیمومت

۴۶۰. قیمومت و ارتباط آن با خانواده:

از آنچه تاکنون گفته شد به خوبی برمی‌آید که کودک در مرحلهٔ نخست و به حکم طبیعت به پدرو مادر سپرده می‌شود. پس از فوت آنان جد پدری ادارهٔ امور را به دست می‌گیرد: هم از شخص کودک سرپرستی و مواظبت می‌کند و هم دارایی او را اداره می‌نماید و نمایندهٔ قانونی نوادهٔ خود محسوب است. بی‌گمان، جد پدری در حال حیات پدر نیز در ولایت با او شریک است، ولی این قاعدهٔ حقوقی بیشتر جنبهٔ نظری دارد و از نظر اجتماعی و اخلاقی پدر بزرگ در خانوادهٔ فرزند خویش و ادارهٔ اموال نواده‌ها دخالت حقوقی نمی‌کند و به نصایح و راهنمایی‌های پدرانه قناعت می‌ورزد، به ویژه که تکلیفی هم بر عهده ندارد.

مادر نمی‌تواند برای حضانت از فرزند خود جانشین برگزیند. پس از مرگ او، نگاهداری و تربیت کودک به پدرو جد پدری (اولیای قهری) می‌رسد. ولی، اولیای قهری می‌توانند برای پس از مرگ خود نیز وصی معین کنند؛ امینی که جانشین آنان شود و ادارهٔ اموال کودک و، در صورت مرگ مادر، سرپرستی و تربیت او را بر عهده بگیرد.

ولی، هرگاه فرزند خانواده ولی خاص نداشته باشد، حضانت او همچنان با مادر است، لیکن ادارهٔ دارایی را به «قیم» می‌سپارند. قیم در واقع نماینده و دست حاکم است

و زمانی بر سر طفل نهاده می‌شود که او را محروم از سایهٔ ولایت (و حضانت در صورت مرگ مادر) بیابد. بنابراین، قیمومت نهاد حقوقی است که قانونگذار، بعد از ولایت و حضانت و وصایت، برای سرپرستی و حمایت از فرزند خانواده اندیشیده است.

مادهٔ ۱۲۱۸ ق.م. بر مبنای قواعدی که گفته شد، اشخاصی را که به قیمومت اداره می‌شوند معین می‌کند. در این ماده آمده است: «**برای اشخاص ذیل نصب قیم می‌شود: ۱. برای صغار که ولی خاص ندارند ۲. برای مجانین و اشخاص غیر رشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر آنها نباشد**».

گروه سوم، اشخاصی هستند که پس از بلوغ و رشد از خانواده خارج شده‌اند، ولی دو گروه دیگر مربوط به فرزندی از خانواده است که پدر ندارد، اما به دلیل کودکی یا بیماری جنون یا سفاهت هنوز زندگی جداگانه و مستقل نیافته‌اند.

در این فرض است که همهٔ بارها از نظر اجتماعی بر دوش مادر قرار می‌گیرد و قانون نیز قیمومت او را مقدم بر دیگران قرار می‌دهد (مادهٔ ۶۱ ق.ا.ح.). بدین ترتیب، نه تنها حضانت گروه نخست به حکم قانون با مادر است، ادارهٔ اموال هر دو گروه نیز در مرحلهٔ نخست به مادر سپرده می‌شود: یعنی حمایت از کودک و مجنون و سفیهی که بعد از پایان دورهٔ کودکی هیچ‌گاه رشد حقوقی پیدا نکرده‌اند، در خانوادهٔ منحل شده (با مرگ پدر) انجام می‌پذیرد و، به بیان دیگر، شرکتی که با اتحاد زن و شوهر آغاز می‌شود، در دوران تصفیه نیز رسالت نیمه تمام خود را انجام می‌دهد. وانگهی، خواهیم دید که قیمومت یک سازمان خانوادگی است که با نظارت دادگاه به سرپرستی محجوران می‌پردازد. از این دیدگاه است که امر قیمومت نیز، با این که سمت عمومی است، به خانواده ارتباط نزدیک پیدا می‌کند.

۴۶۱. منابع قانونی:

در قانون مدنی، قیمومت در کتاب دهم از جلد سوم و زیر عنوان «حجر و قیمومت» طرح شده و مواد ۱۲۱۸ تا ۱۲۵۶ به آن پرداخته است. ولی منبع قانونی این نهاد منحصر به قانون مدنی نیست. در قانون امور حسبی نیز مواد ۴۸ تا ۱۰۲ به قیمومت اختصاص

دارد و آئین دادرسی مربوط به نصب قیم و عزل او و صلاحیت دادگاه را معین می‌کند. به اضافه، در این قانون قواعدی در بارهٔ اختیارها و مسؤولیت قیم دیده می‌شود که احکام قانون مدنی را در این باره تکمیل می‌کند.

گذشته از قوانین مدنی و امور حسبی، که منابع اصلی قیمومت است، در لایحهٔ قانونی دادگاه خانواده مصوب مهرماه ۱۳۵۸ نیز موادی به چشم می‌خورد که احکام دو منبع اصلی را اصلاح می‌کرد. از جمله، به موجب بند ۳ از مادهٔ سوم این لایحهٔ قانونی، عزل و نصب قیم با دادگاه خانواده است و در دادگاه‌های عمومی مطرح نمی‌شود. ولی، قانون دادگاه خانواده (بند ۱۰ از مادهٔ واحده مصوب ۱۳۷۶/۵/۸)، دادگاه عمومی اختصاص یافته به امور مدنی را جانشین دادگاه مدنی خاص کرد.

۴۶۲. تقسیم مطالب :

مبحث قیمومت را ضمن سه گفتار مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

۱. گفتار نخست به آغاز قیمومت یا مطالب مربوط به نصب قیم و تشریفات و چگونگی آن اختصاص دارد.

۲. گفتار دوم به اجرای قیمومت و اختیارات و مسؤولیت قیم و نظارت می‌پردازد.

۳. گفتار سوم مربوط به پایان قیمومت و عزل قیم است و در آن از ضمانت اجرای پاره‌ای از قواعد مربوط به قیمومت گفتگو می‌شود. در طرح این مطالب، قیمومت از دیدگاه همبستگی خانوادگی و حمایت از کودکان خانواده نگریسته می‌شود و سکوت دربارهٔ پاره‌ای از قواعد مربوط به حمایت از محجوران به همین دلیل است.

گفتار نخست : آغاز قیمومت

۴۶۳. صلاحیت قیم:

قیمومت نوعی از ولایت است که به منظور حمایت از کودکان و محجوران آغاز

می‌شود. این ولایت نه قهری و به حکم قانون ایجاد می‌شود و نه قرارداد در استقرار آن نقشی دارد؛ سمتی است عمومی و قضایی که در آن شایستگی قیم بیش از هر شرط دیگر اهمیت دارد. با این که قانونگذار اختیار تعیین قیم را به دادگاه سپرده است، از اشاره به لزوم اهلیت قیم و منع از نصب فاسقان و جنایتکاران غافل نمانده است. در مادهٔ ۱۲۳۱ ق.م. می‌خوانیم: «اشخاص ذیل نباید به سمت قیمومت معین شوند:

۱. کسانی که خود تحت ولایت یا قیمومت هستند.

۲. کسانی که به علت ارتکاب جنایت یا یکی از جنحه‌های ذیل به موجب حکم قطعی محکوم شده باشند: سرقت ـ خیانت در امانت ـ کلاهبرداری ـ اختلاس ـ هتک ناموس یا منافیات عفت ـ جنحه نسبت به اطفال ـ ورشکستگی به تقصیر.

۳. کسانی که حکم ورشکستگی آنها صادر و هنوز عمل ورشکستگی آنها تصفیه نشده است.

۴. کسانی که معروف به فساد اخلاق باشند.

۵. کسی که خود یا اقربای طبقهٔ اول او دعوایی بر محجور داشته باشد»[1].

منع قانونی گاه برای پرهیز از اتهام است نه فقدان شایستگی، چنان‌که منع از تعیین ورشکسته (بند ۳ ماده) و کسانی که خود یا خویشان طبقهٔ اول آنان دعوایی بر محجور دارند (بند ۵)به همین اعتبار است.

گاه نیز، به دلیل مسؤولیت‌های ویژه‌ای که شخص دارد یا زیانی که به حقوق دیگران می‌رسد، دادگاه از انتخاب بعض از اشخاص منع شده است. مادهٔ ۱۲۳۳ ق.م. که مقرر می‌دارد: «زن نمی‌تواند بدون رضایت شوهر خود سمت قیمومت را قبول کند» به همین منظور است. زیرا، ورود طفل بیگانه‌ای در خانواده و گرفتاری‌های ناشی از ادارهٔ اموال محجور، احتمال دارد به همبستگی خلل برساند. پس، نباید این حکم را تنها ناشی از اقتدار شوهر و از نتایج ریاست او بر خانواده شمرد. اگر منع زن از قیمومت تنها از حقوق شوهر باشد، مقام‌های عمومی نباید در این کار دخالت کنند؛ در حالی که، به موجب مادهٔ ۱۲۵۱ ق.م. اصلاح شده: «هرگاه زن بی شوهری، ولو مادر مولی علیه، که به سمت

۱. در مورد تمیز جنایت در نظام کنونی، رک، ش ۵۰۶، شرح مادهٔ ۱۲۴۸.

قیمومت معین شده اختیار شوهر کند باید مراتب را در ظرف یکماه از تاریخ انعقاد نکاح به دادستان حوزهٔ اقامت خود یا نمایندهٔ او اطلاع دهد. در این صورت، دادستان یا نمایندهٔ او می‌تواند با رعایت وضعیت جدید آن زن تقاضای قیم جدید یا ضم ناظر کند» و مادهٔ ۱۲۵۲ در بیان ضمانت اجرای تکلیف قیم می‌افزاید: «در مورد مادهٔ قبل، اگر قیم ازدواج خود را در مدت مقرر به مدعی‌العموم یا نمایندهٔ او اطلاع ندهد، مدعی العموم می‌تواند تقاضای عزل او را بکند».

۴۶۴. حق تقدم خانوادگی:

چنان‌که گفته شد، با این که قیمومت سمتی قضایی و عمومی است، در دیدگاه قانون و در عمل بیشتر یک سازمان خانوادگی است. آمار نشان می‌دهد که قیم بیشتر کودکان خویشان نزدیک او هستند و دادگاه‌ها به انتخاب بیگانگان کمتر رغبت نشان می‌دهند. مادر در حقوق ما بر فرزند ولایت ندارد، ولی اخلاق عمومی به حق او را شایسته‌ترین و دلسوزترین کس می‌بیند. پس از مرگ پدر، برای این که مادر بتواند ادارهٔ دارایی فرزندان را بر عهده بگیرد، ناچار باید سمت دولتی بیابد و به عنوان قیم برگزیده شود. قانونگذار این حق تقدم طبیعی را محترم دانسته است تا جبران حرمان او از ولایت باشد.

مادهٔ ۶۱ قانون امور حسبی، در بیان این تقدم مقرر می‌دارد: «پدر یا مادر محجور، مادام که شوهر ندارد، با داشتن صلاحیت برای قیمومت بر دیگران مقدم می‌باشند». حق تقدم پدر در مورد کودکان یا محجورانی که پس از پایان دورهٔ کودکی رشد نیافته‌اند، یا به بیان دیگر، کودکانی که از خانواده جدا نشده‌اند، مصداقی ندارد، چرا که پدر ولی قهری است و نیاز به سمت قیمومت ندارد. این حق تقدم تنها در موردی مفید است که فرزند خانواده پس از بلوغ و رشد نیاز به سرپرست پیدا کند. در این فرض نیز پدر و مادر در عرض یکدیگر قرار دارند و پدر از نظر قانونی مقدم بر مادر نیست.

حق تقدم خانوادگی ویژهٔ پدر و مادر نیست. بر طبق مادهٔ ۶۲ قانون امور حسبی: «در صورت محجور شدن زن، شوهر با داشتن صلاحیت برای قیمومت بر دیگران مقدم است». همچنین، به حکم مادهٔ ۱۲۳۲ ق.م.: «با داشتن صلاحیت برای قیمومت، اقرباء محجور مقدم بر سایرین خواهند بود».

«اقربا» در این ماده اعم از خویشان نسبی و سببی است و دادگاه می‌تواند شایسته‌ترین را از میان جمع انتخاب کند و ضرورتی ندارد که خویش نزدیک‌تر را بر دورتر مقدم دارد، مگر این که از جهت صلاحیت برابر باشند[1]. آن‌چه اهمیت دارد حمایت کامل از حقوق محجور است و نزدیکی به او اماره‌ای بر دلسوزی و امانت است و دست دادگاه را در انتخاب شایسته‌ترین نمی‌بندد.

۴۶۵. دادگاه صالح:

قانون امور حسبی دادگاه صالح برای انتخاب و نصب قیم را دادگاه شهرستان معین می‌کند(مادهٔ ۴۸). ولی، بند ۳ از مادهٔ سوم لایحهٔ قانونی دادگاه خانواده مصوب ۱۳۵۸، نصب قیم را در صلاحیت آن دادگاه قرار می‌داد. مادهٔ ۱۲۲۲ قانون مدنی اصلاح شده در سال ۶۱ نیز صلاحیت دادگاه خانواده را تأیید کرد. در این ماده آمده است: «در هر موردی که دادستان به نحوی از انحاء به وجود شخصی که مطابق مادهٔ ۱۲۱۸ باید برای او نصب قیم شود مسبوق گردید باید به دادگاه مدنی خاص رجوع و اشخاصی را که برای قیمومت مناسب می‌داند به دادگاه معرفی کند. مادهٔ واحدهٔ قانون مربوط به «دادگاه خانواده» دادگاه عمومی اختصاص یافته به خانواده را جانشین دادگاه مدنی خاص کرد (بند ۱۰) دادگاه خانواده از میان اشخاص مزبور یک یا چند نفر را به سمت قیم معین و حکم نصب او را صادر می‌کند و نیز دادگاه مزبور می‌تواند علاوه بر قیم یک یا چند نفر را به عنوان ناظر معین نماید. در این صورت دادگاه باید حدود و اختیارات ناظر را نیز تعیین کند.

بدین ترتیب، قانون امور حسبی در مورد صلاحیت دادگاه مدنی خاص به طور ضمنی نسخ شده است، ولی در بارهٔ صلاحیت نسبی دادگاه‌ها احکام مفصلی دارد که بدین شرح می‌توان خلاصه کرد:

۱. دادگاه محل اقامت محجور صالح برای رسیدگی به امر قیمومت است و اگر محجور در ایران اقامتگاه نداشته باشد، دادگاه محل سکونت او صلاحیت دارد (مادهٔ ۴۸ ق.ا.ح.).

۱. برای دیدن نظر مخالف، رک: دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۲۹۱.

۲. در صورتی که محجور در خارج از ایران اقامت یا سکنی داشته باشد، امر قیمومت با دادگاه تهران است (مادهٔ ۴۹) و هرگاه دادگاه تهران تصمیم مأمور کنسولی را که قیم موقت تعیین کرده است تنفیذنکند، همان دادگاه قیم را تعیین می‌کند (مادهٔ ۵۰).

۳. «هرگاه در اقامتگاه محجور دادگاه صلاحیتدار برای امور قیمومت نباشد، امور مزبور با نزدیک‌ترین دادگاه صلاحیتدار به اقامتگاه‌محجور خواهد بود» (مادهٔ ۵۲). با وجود این، «مادام که در محلی دادگاه خانواده تشکیل نشده و یا بعد از تشکیل بجهتی منحل شده باشد، دادگاههای عمومی دادگستری به امور مذکور در مادهٔ قبل (از جمله نصب قیم) رسیدگی می‌کند. پس احاله به نزدیک‌ترین دادگاه در صورتی انجام می‌شود که در اقامتگاه محجور دادگاه مدنی و دادگاه عمومی دادگستری نباشد.

سؤالی که در قوانین بدون پاسخ باقی مانده این است که، هرگاه در اقامتگاه محجور هیچ دادگاهی (اعم از مدنی خاص یا عمومی) برای رسیدگی به امر قیمومت وجود نداشته باشد، آیاباید رسیدگی را به نزدیک‌ترین دادگاه خانواده برد یا به نزدیکترین دادگاه، خواه عمومی باشد یا اختصاصی خانواده؟

رویهٔ قضایی نیز پاسخی برای این سؤال ندارد، ولی به نظر می‌رسد که، هرگاه تفاوت دوری راه چنان باشد که در دادرسی مؤثر افتد، باید به نزدیک‌ترین دادگاه به محل اقامت محجور رجوع کرد و ضرورتی ندارد که دادگاه خانوادهٔ دورتر رسیدگی کند. زیرا، از نسخ قانون دادگاه مدنی خاص و مفاد مادهٔ واحده دادگاه خانواده چنین بر می‌آید که قانونگذار ترجیح می‌دهد که آن دادگاه به امر قیمومت برسد، ولی نه تا اندازه‌ای که دادستان ناگزیر باشد درخواست را در خارج از اقامتگاه محجور مطرح سازد. به بیان دیگر، از بین مصلحت مربوط به طرح درخواست در دادگاه محل اقامت محجور از یک سو، و مصلحت راجع به رسیدگی دادگاه خانواده از سوی دیگر، مصلحت نخستین را ترجیح می‌دهد. پس، در موردی هم که نزدیک‌ترین دادگاه به این اقامتگاه دادگاه عمومی است، باید این قاعده را اجرا کرد و به امید دست یافتن به دادگاه خانواده با زحمت به راه دورتر نرفت، به ویژه که صلاحیت دادگاه‌های عمومی قاعدهٔ عام است و صلاحیت دادگاه خانواده جنبهٔ استثنایی دارد و باید تفسیر محدود شود.

بر عکس، هرگاه نزدیک‌ترین دادگاه خانواده چندان دورتر از دادگاه عمومی نباشد که مشقتی به بارآورد یا در رسیدگی اخلال کند، ذوق سلیم حکم می‌کند که نصب قیم به دادگاه صالح خود (دادگاه خانواده) فرستاده شود، زیرا رسیدگی دادگاه عمومی به خاطر این مصلحت است که دادگاه محل اقامت محجور بهتر نسبت به وضع خویشان و نزدیکان او تحقیق کند و چنین مصلحتی در مورد دو دادگاه، که به فاصلهٔ چند کیلومتر خارج از اقامتگاه محجور قرار دارد، مطرح نمی‌شود. پس، چه بهتر که قاعده رعایت گردد و امر قیمومت در دادگاه مورد ترجیح قانونگذار رسیدگی شود.

۴. «در صورتی که اقامتگاه محجور معلوم نباشد، امور قیمومت با دادگاهی است که محجور در حوزهٔ آن دادگاه یافت می‌شود»(مادهٔ ۵۳ ق.ا.ح.).

۵. «در صورتی که متوفی دارای صغار باشد که اقامتگاه آن‌ها مختلف است دادگاهی که برای یک نفر از صغار بدواً تعیین قیم کرده است می‌تواند برای صغاری هم که در حوزهٔ آن دادگاه اقامت ندارند قیم معین نماید و اگر قیم معین نشده باشد دادگاهی که کوچکترین صغیر در حوزهٔ آن اقامت دارد برای تعیین قیم نسبت به تمام صغار صلاحیت خواهد داشت و اگر معلوم نباشد کدامیک از صغار کوچکترند هر یک از دادگاهها که صغیر در حوزهٔ آن دادگاه اقامت دارد صالح است».

۴۶۶. شیوهٔ نصب قیم:

گفته شد که دادستان، همین که به گونه‌ای به وجود محجور بدون سرپرست آگاهی یابد، باید مراتب را به دادگاه خانواده اعلام کند و اشخاصی را که مناسب برای قیمومت می‌داند به آن دادگاه معرفی نماید(مادهٔ ۱۲۲۲ اصلاحی ق.م.)[1]

برای فراهم آوردن مقدمهٔ اجرای وظیفهٔ دادستان، مادهٔ ۱۲۱۹ اصلاح شدهٔ قانون مدنی، پدر و مادر کودک، و مواد ۱۲۲۰ و ۱۲۲۱ همان قانون، خویشانی را که با او به سر می‌برند و زوج و زوجهٔ محجور را مکلف به اعلام مراتب به دادستان یا نمایندهٔ او کرده

۱. هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی شمارهٔ ۷۲ـ۱۳۵۳/۹/۴ اعلام کرده است: «وظایفی که قانون در باب اعلام حجر مجنون یا سفیه به عهدهٔ دادستان محول کرده است منافی با این‌که اشخاص ذینفع در صورت اقتضا برای اثبات حجر به دادگاه مراجعه کنند نیست» (روزنامهٔ رسمی، آراء وحدت رویهٔ قضایی از ۲۸ تا ۵۶ ،ص ۲۴۷).

است. مواد ۵۵ و ۵۶ و ۵۹ قانون امور حسبی نیز، شهرداری و ادارهٔ آمار و ثبت احوال و مأموران آنها و دهبان و بخشدار و قیم و هر یک از دادگاه‌ها را که در جریان دادرسی از وجود محجور آگاه می‌شود، ضمیمهٔ خویشان کرده است تا آن مقدمه را کامل سازد.

رسیدگی به حجر نیز ممکن است مقدمهٔ نصب قیم قرار گیرد(مواد ۵۷ تا ۵۹ ق.ا.ح.). در چنین حالتی، «بعد از قطعی شدن حکم حجر به واسطهٔ انقضاء مدت پژوهش یا صدور حکم پژوهشی به حجر اقدام به تعیین قیم می‌گردد» (مادهٔ ۶۵).

نصب قیم باید به او ابلاغ شود. او نیز باید ظرف سه روز پس از ابلاغ (با رعایت مسافت) قبول یا رد این سمت را به دادستان اطلاع دهد. سکوت قیم منتخب در این مدت در حکم رد این سمت است، ولی هرگاه پیش از تعیین قیم دیگر قبول قیمومت را به دادستان اعلام کند، شخص دیگری معین نخواهد شد (مادهٔ ۶۸).

نصب دادگاه در حکم ایجاب قراردادها نیست که با رد مخاطب آن از بین برود. تصمیم دادگاه عمل حقوقی کاملی است که به تنهایی سمت قیمومت را ایجاد می‌کند و قبول قیم را نباید از ارکان آن شمرد. به بیان دیگر، نصب قیم عمل حقوقی یک طرفی یا «ایقاع» است و به همین دلیل نیز رد قیم آن را باطل نمی‌کند و تنها دادگاه می‌تواند به نفوذ آن پایان بخشد. لزوم قبول به منظور حمایت از آزادی و شخصیت قیم است تا امری ناخواسته بر او تحمیل نشود.

۴۶۷. قیم موقت برای محجوران مقیم خارج:

نصب قیم ممکن است برای مدت معین باشد، ولی در هر حال تصمیم دادگاه قاطع است و، تا زمانی که قیم به دلیلی از سوی دادگاه عزل نشده است، سمت خود را حفظ می‌کند. لیکن، در مورد ایرانیانی که در خارج از کشور اقامت یا سکونت دارند، چون به دادگاه صالح دسترسی ندارند و تأخیر در نصب قیم نیز دارایی آنان را در معرض تفریط قرار می‌دهد، قانونگذار به مأموران کنسولی که محجور در حوزهٔ مأموریت آنان نیاز به قیم دارند اختیار داده است که به طور موقت قیم معین کنند. سمت این قیم متزلزل است و در صورتی قطعی می‌شود که از سوی دادگاه صالح تنفیذ شود.

مادهٔ ۱۲۲۸ اصلاح شدهٔ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «در خارج ایران

کنسول ایران و یا جانشین وی می‌تواند نسبت به ایرانیانی که باید مطابق مادهٔ ۱۲۱۸ برای آنها قیم نصب شود و در حوزهٔ مأموریت او ساکن یا مقیم‌اند موقتاً نصب قیم کند و باید تا ده روز پس از نصب قیم مدارک عمل خود را به وسیلهٔ وزارت امور خارجه به وزارت دادگستری بفرستد. نصب قیم مزبور وقتی قطعی می‌گردد که دادگاه مدنی خاص تصمیم کنسول یا جانشین او را تنفیذ کند».

مادهٔ ۱۲۲۹ می‌افزاید: «وظایف و اختیاراتی که به موجب قوانین و نظامات مربوط در مورد دخالت مدعیان عمومی در امور صغارو مجانین و اشخاص غیر رشید مقرر است در خارج ایران به عهدهٔ مأمورین قنسولی خواهد بود».

آن‌چه گفته شد در صورتی اجرا می‌شود که با مقررات عهودی که بین ایران و دولت محل مأموریت منعقد شده است مخالف نباشد، وگرنه عهدنامهٔ بین‌المللی بر قوانین داخلی حکومت دارد (مادهٔ ۱۲۳۰ ق.م).

۴۶۸. تعدد قیم:

به طور معمول انجام امر قیمومت به یک شخص واگذار می‌شود، ولی گاه که اجرای این وظیفه به دلیل پراکندگی اموال یا پیچیدگی روابط حقوقی دشوار است یا دادستان و دادگاه آن اندازه به قیم اعتماد ندارند که همهٔ امور را به او بسپارند، ممکن است چند قیم برای ادارهٔ دارایی و مواظبت از یک محجور معین شوند. در این صورت، دادگاه می‌تواند وظایف هرکدام از قیم‌ها را جداگانه معین کند (مادهٔ ۱۲۳۴ ق.م) و نیز حق دارد هر کدام را به طور مستقل برای همهٔ امور مالی و تربیتی قیم معین سازد یا مقرر دارد که قیم‌ها به‌طور اجتماع عمل کنند (ملاک مادهٔ ۸۵۴ ق.م. در مورد وصایت). همچنین، ممکن است چند نفر را به ترتیب به قیمومت بگمارد تا پس از فوت آنکه مقدم است دیگری بی‌درنگ کار او را دنبال کند (ملاک مادهٔ ۸۵۵ ق.م.)

در صورتی که دادگاه چند کس را به عنوان قیم برگزیند و به شرح وظایف آنان نپردازد، ظاهر این است که به اجتماع نظر دارد، زیرا ولایت امری است بر خلاف قاعده و نیاز به نص دارد. در فرض ما ولایت به اجتماع برای هر قیم مسلم است و استقلال هر

کدام مشکوک. پس، باید به قدر متیقن اکتفا کرد و قیمومت را به اجتماع دانست. ظاهر مادهٔ ۸۵۴ ق.م. نیز این تحلیل را تأیید می‌کند، زیرا در بخش دوم آن آمده است: «... در **صورت تعدد اوصیاء باید مجتمعاً عمل به وصیت کنند، مگر در صورت تصریح به استقلال هریک**».

بی‌گمان، در مورد قیمومت کار به دشواری وصایت نیست و می‌توان از دادگاه تعیین کنندهٔ قیم در این باره توضیح خواست و شاید به همین دلیل هم قانونگذار به این مسائل نپرداخته و نویسندگان حقوقی نیز در آن باره مطلبی نگفته‌اند.ولی، گاه که به دادگاه دسترس نیست و معطل‌گذاردن قیمومت نیز دور از مصلحت می‌نماید، اجرای قواعد مربوط به وصایت به کار می‌آید.[1]

۴۶۹. تعدد قیمومت برای یک شخص :

دادگاه می‌تواند امر قیمومت چند محجور را به یک قیم بسپارد، چنان که مادهٔ ۶۰ قانون امور حسبی در این باره می‌گوید: «**برای چند نفر از اشخاص محتاج به قیم می‌توان یک قیم معین نمود، مگر آنکه ادارهٔ امور هر یک از آنها محتاج به قیم علیحده باشد**».

در این فرض، مسألهٔ مهمی که مطرح می‌شود این است که آیا قیم می‌تواند به قیمومت از دو محجور با خود معامله کند یا اختیار او در این باره محدود می‌شود؟

از نظر اصولی هیچ مانعی ندارد که یک شخص به نمایندگی دو نفر معامله کند و به این اعتبار دو اراده داشته باشد؛ چنان که در مادهٔ ۱۹۸ ق.م. نسبت به وکالت آمده است: «ممکن است که یک نفر به وکالت از طرف متعاملین این اقدام را به عمل آورد»[2]. آن‌چه در این میان قانونگذار و دادرس را به اندیشه وامی دارد، نگرانی از حفظ مصلحت محجور و رعایت امانت از سوی قیم است. همین مصلحت قانونگذار را بر انگیخته است که معاملهٔ قیم را با محجور منع کند. در مادهٔ ۱۲۴۰ ق.م. می‌خوانیم: «قیم نمی‌تواند

۱. برای دیدن مسائل مربوط به اختیار اوصیاء، رک: همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۲، وصایت، ش ۴۸۱ به بعد.
۲. همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴، ش ۹۵.

به سمت قیمومت از طرف مولی علیه با خود معامله کند، اعم از این‌که مال مولی علیه را به خود منتقل کند یا مال خود را به او انتقال دهد».

در فرض ما هیچ حکمی وجود ندارد و همهٔ ظرافت مسأله در این است که قیم با بیگانه معامله نمی‌کند تا اختیار او تابع قواعد عمومی باشد. با شخصی طرف معامله قرار می‌گیرد که در حفظ مصلحت او نفع مادی و معنوی دارد. با خود نیز معامله نمی‌کند، چرا که بنا به فرض منافع معامله عاید او نمی‌شود و قرارداد به نمایندگی او واقع می‌گردد. پس، این فرض میانه را با کدام قاعدهٔ حقوقی می‌باید نزدیک‌تر شناخت؟ با معاملهٔ با خود، یا با بیگانگان؟

رویهٔ قضایی پاسخی به این سؤال نداده است، ولی به نظر می‌رسد که قیم اختیار چنین معامله‌ای را دارد. زیرا، بر طبق مادهٔ ۱۲۳۵ ق.م.: «**مواظبت شخص مولی علیه و نمایندگی قانونی او در کلیهٔ امور مربوط به اموال و حقوق مالی او با قیم است**». پس، آن‌چه در قلمرو نمایندگی قرارگیرد قیم برای انجام آن صلاحیت دارد، مگر این که اختیار او در مورد خاص محدود شده باشد؛ چنان‌که معاملهٔ قیم با خود او در زمرهٔ این موارد خاص است. از سوی دیگر، دیدیم که نظریهٔ نمایندگی این امکان را به وجود می‌آورد که یک شخص در دو طرف معامله قرار گیرد و با خود معامله کند. در نتیجه، می‌توان گفت، چون معاملهٔ قیم به نمایندگی از سوی دو محجور در هیچ متنی منع نشده است، باید او را مجاز شناخت، به ویژه که در این فرض قیم در معرض اتهام سودجویی قرار نمی‌گیرد و نفعی از معامله نمی‌برد.

۴۷۰. نظارت بر قیمومت:

در مادهٔ ۱۲۲۲ ق.م. اصلاح شده ۷۰/۸/۱۴ می‌خوانیم که: «... دادگاه مدنی خاص از میان اشخاص مزبور یک یا چند نفر را به سمت قیم معین و حکم نصب او را صادر می‌کند و نیز دادگاه مزبور می‌تواند علاوه بر قیم یک یا چند نفر را به عنوان ناظر معین نماید. در این صورت دادگاه باید حدود اختیارات ناظر را نیز تعیین کند...».

ناظر ممکن است استصوابی باشد یا اطلاعی (مادهٔ ۷۸ ق.م. در وقف): ناظر

استصوابی کسی است که همهٔ اعمال قیم، یا آن‌چه را دادگاه معین می‌کند، باید به تصویب او برسد تا نفوذ حقوقی بیابد. ولی ناظر اطلاعی شخصی است که باید از کارهای قیم آگاه شود. در هر دو صورت، ابتکار ادارهٔ اموال با قیم است و ناظر نمی‌تواند به او دستور انجام دادن کاری را بدهد[1].

دادستان بر کار قیم و ناظر هر دو نظارت را دارد (مادهٔ ۱۲۲۴ ق.م.)، با این تفاوت که حدود و چگونگی نظارت او را قانون معین می‌کند نه دادگاه: گذشته از صورت اموال و هزینه‌ها و صورتحساب سالیانه که باید به اطلاع دادستان برسد، تصویب پاره‌ای از اعمال حقوقی قیم نیز با او است، چنان‌که قیم نمی‌تواند اموال غیر منقول مولی علیه را بفروشد مگر با تصویب دادستان (مادهٔ ۸۳ ق.ا.ح.).

حدود اختیار ناظر را دادگاه معین می‌کند و، در حالتی که نظارت استصوابی است، مقرر می‌دارد که در صورت اختلاف بین قیم و ناظر چه باید کرد. آیا شخص ثالثی باید ضمیمهٔ آن دو شود؟ آیا رأی اکثریت مناط اعتبار است؟ آیا شمارهٔ قیم‌ها چنان تعیین می‌شود که خود به خود رأی قاطع آنان بر ناظر غلبه کند؟ یا سرانجام در هر اختلاف باید به دادگاه رجوع کرد؟

مادهٔ ۶۳ قانون امور حسبی در این باره اعلام می‌دارد: «**در مورد تعدد قیم و همچنین در موردی که ناظر معین شده است، دادگاه معین می‌کند که در صورت اختلاف نظر بین قیم‌ها یا بین قیم و ناظر به دادگاه یا شخص ثالثی رجوع نمایند و یا ترتیب دیگری را برای رفع اختلاف پیش‌بینی نماید**». ظاهر واژهٔ «ناظر» شامل ناظر اطلاعی هم می‌شود، ولی بدیهی است که اختلاف بین ناظر و قیم در صورتی نیاز به رجوع به شخص ثالث و دادگاه پیدا می‌کند که نظارت استصوابی باشد. زیرا، در مورد ناظر اطلاعی، قیم به آن‌چه مصلحت می‌بیند عمل می‌کند و ناظر تنها می‌تواند مراتبی را که با آن مخالف است به آگاهی دادستان برساند.

نظارت بر قیمومت ممکن است به اشخاص حقوقی واگذار شود ؛ چنان که در مادهٔ ۱۲۴۷ ق.م. آمده است: «**مدعی العموم می‌تواند اعمال نظارت در امور مولی علیه را کلا یا**

۱. پلنیول و ریپر، ج ۱، اشخاص، به‌وسیله ساواتیه، ش ۵۴۴

بعضاً به اشخاص موثق یا هئیت یا مؤسسه واگذار نماید...»

۴۷۱. آغاز قیمومت:

به طور معمول، پس از نصب قیم و قبول قیمومت از سوی او، قیمومت آغاز می‌شود. در مادهٔ ۶۸ قانون امور حسبی آمده است که: «قیم باید ظرف سه روز پس از ابلاغ با رعایت مسافت، قبول یا عدم قبول قیمومت را به دادستان اطلاع دهد...»و اعلام نکردن قبول در حکم رد آن است، و به همین جهت دادستان دادگاه را برای تعیین شخص دیگری مطلع می‌کند. با وجود این، چون نصب قیم ایقاع است و ارادهٔ قیم در ایجاد سمت برای او اثر ندارد، هرگاه قیم از تصمیم دادگاه آگاه شود و بی‌درنگ آغاز به کار کند، باید گفت قیمومت به درستی آغاز شده است، وانگهی این اقدام قبول ضمنی است و دادستان می‌تواند چنین استنباط کند که قیم سمت خویش را پذیرفته و به آن گردن نهاده است (مادهٔ ۶۵۸ ق.م).

مادهٔ ۷۴ قانون امور حسبی بر همین مبنا است که اعلام می‌دارد: «قیم از تاریخی که سمت قیمومت به او اطلاع داده می‌شود شروع به اعمال قیمومت خواهد نمود».

از این هم باید پیش‌تر رفت و ادعا کرد که، هرگاه قیم پیش از اطلاع از تصمیم دادگاه کاری در جهت ادارهٔ اموال مولی علیه کرده باشد، نافذ است. زیرا، چنان‌که گفته شد، نصب قیم عمل حقوقی است که تنها با تصمیم دادگاه انجام می‌شود و ابلاغ به قیم تنها از این جهت است که تصمیم بر او تحمیل نشود و او بتواند، به طور صریح یا ضمنی، آن سمت را نپذیرد. با وجود این، نفوذ حقوقی کار قیم مشروط بر این است که آن را به «عنوان قیمومت» و ادارهٔ نیابتی انجام داده باشد، وگرنه، هرگاه قیم عمل حقوقی را برای خود انجام داده باشد یا به عنوان فضولی آن را بپذیرد، باید آن را فضولی شمرد و مادهٔ ۲۵۵ ق.م. را در این زمینه حاکم شمرد. این ماده می‌گوید: «هرگاه کسی نسبت به مالی معامله به عنوان فضولی نماید و بعد معلوم شود که آن مال ملک معامله کننده بوده است یا ملک کسی بوده است که معامله کننده می‌توانسته است از قبل او ولایتاً یا وکالتاً معامله نماید، در این صورت نفوذ و صحت معامله موکول به اجازهٔ معامل است والا معامله

باطل خواهد بود»[۱].

در هر حال، مادهٔ ۷۵ قانون امور حسبی، بر همین مبنا اعلام می‌دارد: «هرگاه قیم پس از تاریخ نصب و قبل از ابلاغ به او عملی به عنوان قیمومت نسبت به محجور کرده باشد نافذ است». معنی این حکم تجزیه‌ناپذیری اراده از انگیزهٔ آن است. ارادهٔ قیم در صورتی باعث نفوذ عقد و انتساب عمل حقوقی به مولی علیه می‌شود که آن را به ولایت از سوی او انجام داده باشد.[۲]

آن‌چه در بارهٔ نفوذ اعمال قیم پیش از ابلاغ این سمت گفته شد، در بارهٔ مسؤولیت و وظایف او رعایت نمی‌شود. برای مثال، نمی‌توان از قیم پیش از آگاه شدن از سمت خود انتظار داشت که اموال محجور را حفظ کند یا شخص او را مهمل نگذارد. تکلیف فرع بر آگاهی است و مسؤولیت قیم تنها در موردی تحقق می‌پذیرد که بتوان تقصیری را به او نسبت داد. انتساب تقصیر به او پس از آگاهی از سمت امکان دارد و «قبح عقاب بلابیان» شامل این فرض نیز می‌شود، هر چند که در قانون نیز تصریح نشده باشد.

۴۷۲. گرفتن تضمین از قیم:

قیم، به ویژه در فرض سرپرستی کودکان خانواده به طور معمول از خویشان محجور و امین دادگاه است. بنابراین، در معرض اتهام سوء استفاده از این ولایت قرار نمی‌گیرد تا لازم باشد که از او تضمین گرفته شود. وانگهی، در بیشتر موارد، قیم به قصد کمک به خانوادهٔ دوست یا خویش درگذشتهٔ خود حاضر به قبول مسؤولیت می‌شود و رغبتی به آن ندارد که حاضر به دادن تضمین شود. بنابراین، این درخواست باید موجه باشد و دادستان بایستی دلایل ضرورت آن را به دادگاه بدهد.

مادهٔ ۱۲۴۳ اصلاح شده قانون مدنی در این باره می‌گوید: «در صورت وجود موجبات موجه، دادستان می‌تواند از دادگاه خانواده تقاضا کند که از قیم تضمینات راجع

۱. در بارهٔ این ماده و نقد آن، به ویژه در فرض مورد نظر، رک: همین دوره از حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۳۵۹.

۲. دربارهٔ نقد این نظر، رک: همان کتاب.

به ادارهٔ اموال مولی علیه بخواهد. تعیین نوع تضمین به نظر دادگاه است. هرگاه قیم برای تعیین نوع تأمین حاضر نشد از قیمومت عزل می‌شود». این ماده ویژهٔ آغاز قیمومت نیست و در دوران اجرای آن نیز احتمال دارد که ضرورت یابد، ولی جای طبیعی استفادهٔ از آن تاریخی است که دادستان در صدد تحویل دارایی مولی علیه به او است و بیم از آن دارد که مبادا سوء استفاده یا کاهلی قیم زیان جبران‌ناپذیر به بار آورد.

۴۷۳. تنظیم صورت اموال:

یکی از تضمین‌هایی که قانونگذار برای حفظ اموال مولی علیه اندیشیده است اجبار قیم به تنظیم صورت دارایی او و الزام به تحقیق دادستان پیش از آغاز اداره است. مادهٔ ۱۲۳۶ اصلاح شدهٔ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «قیم مکلف است، قبل از مداخله در امور مالی مولی علیه، صورت جامعی از کلیهٔ دارایی او تهیه کرده یک نسخه از آن را به امضای خود برای دادستانی که مولی علیه در حوزه آن سکونت دارد بفرستد و دادستان یا نمایندهٔ او باید نسبت به میزان دارایی مولی علیه تحقیقات لازمه را به عمل آورد». زیرا، نه تنها باید تمام اموال محجور در اختیار قیم قرار گیرد، حدود مسؤولیت قیم نیز باید معین شود و مقام‌های قضایی بدانند که چه اموالی در اختیار او قرار گرفته است.

مادهٔ ۷۴ قانون امور حسبی، در تأمین همین مصلحت و در مورد اسناد بهادار و با اهمیت، می‌افزاید: «قیم در سیاههٔ اموال محجور که در ابتدای دخالت خود تنظیم می‌کند باید برگهای بهادار و اسناد دیون و اسناد املاک و تمام برگهایی که دارای اهمیت است ذکر نماید و برگهایی که بها و اهمیتی ندارد هر نوعی از آنها را علیحده بایگانی و عدد برگها را در سیاههٔ دارایی قید کند».

۴۷۴. اجرت قیم:

مادهٔ ۱۲۴۶ ق.م. به تمام گفتگوهایی که در بارهٔ امکان دستمزد گرفتن از مولی علیه

وجود دارد پایان بخشیده است[1] در این ماده می‌خوانیم «**قیم می‌تواند برای انجام امر قیمومت مطالبهٔ اجرت کند...**». میزان این اجرت بر مبنای نیاز قیم تعیین نمی‌شود، ولی مانند سایر دستمزدها نیز تنها معیار آن ارزش اقتصادی کار قیم نیست. ارزش کار قیم و میزان عایدی مولی علیه هر دو در این زمینهٔ مؤثر است. قیم بیش از ارزش کار خود نمی‌تواند دستمزد بگیرد، ولی ناچیز بودن عایدی مولی علیه از میزان آن می‌کاهد.

مادهٔ ۱۲۴۶ ق.م. در این باره می‌افزاید: «... **میزان اجرت مزبور با رعایت کار قیم و مقدار اشتغالی که از امر قیمومت برای او حاصل می‌شود و محلی که قیم در آن‌جا اقامت دارد و میزان عایدی مولی علیه تعیین می‌گردد**».

گفتار دوم : اجرای قیمومت

۴۷۵. تقسیم مطالب:

مطالب مربوط به اجرای قیمومت را در دو بخش جداگانه مطالعه می‌کنیم:

۱. در بخش نخست، اختیارها و وظیفه‌های قیم مطرح می‌شود. آن‌چه قانون در اختیار قیم قرار می‌دهد، در واقع برای اجرای وظیفهٔ قیمومت است و نباید آن را با حق شخصی اشتباه کرد. بر عکس، انجام وظیفهٔ قیم در تربیت مولی علیه و ادارهٔ اموال او مستلزم ایجاد اختیارهایی است که با نظارت و گاه تصویب دادستان مورد استفاده قرار می‌گیرد.

۲. در بخش دوم، ضمانت اجرای قواعد مربوط به اختیار قیم و مسؤولیت او در برابر مولی علیه و مقام‌های عمومی مورد گفتگو است و نظارت دادستان بر اعمال قیم طرح می‌شود.

الف : صلاحیت‌ها و وظیفه‌ها

۴۷۶. صلاحیت عام:

صلاحیت قیم در مواظبت و تربیت مولی علیه و همچنین در ادارهٔ دارایی او عام است:

۱. ش ۴۴۱ در مورد اجرت ولی قهری ـ همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۲، ش ۴۷۶ ـ وصیت در حقوق مدنی ایران، ش ۳۲۶ (در مورد اجرت وصی).

یعنی، همانند ولی قهری، سرپرستی کامل محجور را به عهده دارد. بی‌گمان، اختیار او در قوانین به مراتب محدودتر از ولی قهری است. وانگهی دادگاه می‌تواند اختیار خاصی را به او واگذار کند: برای مثال، در بارهٔ کودکی که در حضانت مادر است، ادارهٔ دارایی را به او بسپارد. ولی، باید دانست که در مقام تردید می‌توان به اصل عام بودن صلاحیت قیم رجوع کرد و در جستجوی استثناهای آن در قوانین و تصمیم دادگاه برآمد.

مادهٔ ۱۲۳۵ ق.م. در بارهٔ صلاحیت عام قیم اعلام می‌کند: «**مواظبت شخص مولی علیه و نمایندگی قانونی او در کلیهٔ امور مربوط به اموال و حقوق مالی او با قیم است**» پس، اگر دادگاه بدون هیچ قید و شرطی برای سرپرستی از کودکی قیم معین کند، آن شخص صلاحیت مواظبت از طفل و نمایندگی قانونی او را در تمام امور مالی دارد. همچنین، اگر در اختیار قیم نسبت به انجام دادن کار خاص یا انعقاد قراردادی تردید شود، اصل وجود این اختیار است. برای مثال، اگر تردید در صلاحیت قیم در اقامهٔ دعوا و دفاع از دعاوی طرح شده بر مولی علیه رخ دهد، باید آن را مشمول اختیار عام قیم دانست و تردید ناشی از سکوت قانون را از ذهن زدود.

۴۷۷. چهره‌های این صلاحیت:

چنان‌که از مفاد مادهٔ ۱۲۳۵ ق.م. بر می‌آید، صلاحیت قیم دارای دو چهره است:

۱. نگاهداری و تربیت مولی علیه که در مادهٔ ۱۲۳۵ به «مواظبت» تعبیر شده است. این صلاحیت در صورتی به قیم واگذار می‌شود که محجور در حضانت مادر خود نباشد؛ چنان که مادهٔ ۱۱۷۱ ق.م. مقرر می‌دارد: «**در صورت فوت یکی از ابوین حضانت با آنکه زنده است خواهد بود هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد**»[۱].

۱. مادهٔ واحدهٔ قانون واگذاری حق حضانت فرزندان صغیر یا محجور به مادران آنها مصوب ۸ دی ۱۳۶۰، فرزندان محجور پدر متوفی را، خواه حجر آنان متصل به صغر یا منفصل از آن باشد، بر کودکان افزوده است، در این ماده آمده است: «حضانت فرزندان صغیر یا محجوری که پدرانشان به مقام والای شهادت رسیده یا فوت شده باشند با مادران آنها خواهد بود و هزینهٔ متعارف زندگی این فرزندان که از اموال موروثی خودشان یا از طریق بودجهٔ دولت یا یکی از نهادهای انقلابی پرداخت می‌شود در اختیار مادرانشان قرار می‌گیرد، مگر آنکه دادگاه صالح در موارد ادعای عدم صلاحیت مادر حکم به عدم صلاحیت کند».

اموری که لازمهٔ مواظبت از مولی‌علیه است در حضانت گفته شد. مادهٔ ۷۹ قانون امور حسبی نیز «تربیت» و «اصلاح حال» محجور را به صراحت در زمرهٔ وظیفه‌های قیم قرار می‌دهد و مفهوم گستردهٔ مواظبت در قانون مدنی را توضیح می‌دهد. این نکته را نیز باید افزود که «مواظبت» تنها شامل حفظ و نگاهداری و رفع نیازها محجور و تربیت او نیست. قیم باید صغیر یا دیوانه را از آسیب رساندن به دیگران بازدارد، وگرنه مسؤول جبران خسارات ناشی از تقصیر خود می‌شود(مادهٔ ۷ قانون مسؤولیت مدنی).

از لوازم «مواظبت و تربیت» محجور امکان تنبیه و اجبار او به اطاعت است که در حدود متعارف و تنها به منظور تربیت در اختیار قیم قرار می‌گیرد[1].

۲. نمایندگی قانونی محجور در ادارهٔ دارایی او: این سمت نیز در صورتی به قیم واگذار می‌شود که محجور ولی قهری نداشته باشد. این فرض در موردی تحقق می‌پذیرد که یا جنون و سفه بعد از بلوغ و رشد (پایان ولایت) عارض شود یا پدر و جد پدری کودک (یا محجوری که حجر او متصل به زمان کودکی است) فوت کرده باشند.

۱. حدود اختیار قیم

۴۷۸. حدود این اختیار در امور مالی :

چنان که گفته شد، اختیار قیم به وسعت ولی قهری و وصی نیست. در مورد اولیای خاص، به دلیل روابط عاطفی و خونی میان ولی و محجور، فرض این است که مصلحت مولی علیه رعایت می‌شود و نیازی به نظارت و دخالت مقام‌های قضایی وجود ندارد. لیکن، در مورد قیم، که احتمال دارد بیگانه‌ای مورد اعتماد باشد، آن فرض موضوع پیدا نمی‌کند. احتیاط ایجاب می‌کند که قیم در پاره‌ای تصرف‌های مهم یا در مواردی که در معرض اتهام قرار می‌گیرد در نظارت کامل دادستان واقع شود و از بعض تصرف‌ها به کلی ممنوع شود. پس، می‌توان محدودیت‌های قیم را به دو گروه تقسیم کرد:

ـ «تبصره ـ حدود هزینهٔ متعارف را دادگاه معین می‌کند و به وسیلهٔ دادگاه به مادر یا نمایندهٔ قانونی او پرداخت خواهد شد».

۱. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۳۰۲.

۱. گروهی که باید با تصویب دادستان انجام شود؛
۲. تصرفاتی که قیم از انجام دادن آنها ممنوع است.

۴۷۹. تصرفاتی که باید با تصویب دادستان انجام شود:

۱. فروش و رهن اموال غیر منقول: به موجب مادهٔ ۱۲۴۱ ق.م.: «قیم نمی‌تواند اموال غیرمنقول مولی علیه را بفروشدیا رهن گذارد، مگر با لحاظ غبطهٔ مولی‌علیه و تصویب مدعی العموم». این حکم در مادهٔ ۸۱ قانون امور حسبی نیز تکرار شده و حکمت آن جلوگیری از انتقال اموال غیر منقول مولی علیه بدون تصویب دادستان است. به همین جهت، رهن نیز بر فروش افزوده شده است، زیرا در رهن نیز وثیقه در معرض انتقال قرار می‌گیردو طلبکار می‌تواند در صورت لزوم از محل فروش یا تملک آن به طلب خود برسد. بنابراین، حکم مادهٔ ۱۲۴۱ شامل صلح در مقام بیع هم می‌شود، زیرا علت منع، اثر بیع است نه صورت آن و توجه قانونگذار به اثر است نه مؤثر.

۲. معامله‌ای که در نتیجهٔ آن قیم مدیون مولی علیه شود: این معامله گذشته از شرط عمومی مربوط به رعایت مصلحت مولی علیه، منوط به تحقق این دو شرط است (مادهٔ ۱۲۴۱ ق.م.):

اول. ملائت قیم: زیرا، مدیون شدن قیمی که توانایی مالی ندارد، دارایی محجور را در معرض تفریط قرار می‌دهد و اقدام به نوع چنین معامله‌ای بر خلاف مصلحت است.

دوم. تصویب دادستان: بر طبق مادهٔ ۱۲۴۱ ق.م. شرط حتمی تصویب مدعی العموم ملائت قیم است، ولی ملائت شرط کافی نیست، زیرا احتمال دارد قیم دارایی کافی داشته باشد، ولی چگونگی معامله به مصلحت طفل نباشد. نمونه‌های بارزی که برای این گونه معامله‌ها دیده می‌شود عبارت است از: قرض گرفتن قیم از مولی علیه، خرید مال او به نسیه، ضمان قیم از بدهکار مولی علیه، تعهدهایی که اجرت آن پیش از اجرای تعهد گرفته می‌شود.

۳. قرض گرفتن برای مولی علیه: قرض گرفتن در صورت ضرورت و احتیاج به مصلحت مولی علیه است، ولی گاه نیز او را در معرض خطر دعاوی طلبکاران و تملک و

فروش اموال قرار می‌دهد. پس، اگر نیازی در کار نباشد، یا بتوان این نیاز را از راه دیگر (مانند فروش اموال منقول) رفع کرد، چندان که وام خواستن ضروری به نظر نرسد، اقدام قیم به مصلحت محجور نیست و باید از آن پرهیز شود.

تمیز مصلحت در این فرض تابع اوضاع و احوال و حساس‌تر از آن است که تنها به قیم واگذار شود. دادستان نیز باید تشخیص قیم را تصویب کند؛ چنان که در پایان مادۀ ۱۲۴۱ ق.م. و در مقام بیان حدود اختیارقیم آمده است: «... **و نیز نمی‌تواند برای مولی علیه بدون ضرورت واحتیاج قرض کند، مگر با تصویب مدعی العموم**».

از ظاهر ماده چنین بر می‌آید که تصویب مدعی العموم می‌تواند جانشین «ضرورت و احتیاج» شود. ولی، این ظهور را باید تعدیل کرد. زیرا، دادستان نمی‌تواند استقبال از خطری را که قانونگذار از آن بیم دارد مباح سازد. تصویب دادستان برای اعمال نظارت در درستی اعمال قیم است و اقدام زیانبار را مجاز نمی‌کند، رعایت مصلحت مولی علیه شرط عمومی نفوذ هر اقدامی است که برای او انجام می‌شود.

پس، باید گفت نظر قانونگذار این است که فرض «ضروری و مورد احتیاج» را از وام‌هایی که به منظور سرمایه‌گذاری در زمینه‌های پرسود و برای جلب منفعت گرفته می‌شود جدا سازد: در موردی که مولی علیه برای رفع نیازهای ابتدایی خود درمانده شده و وام خواهی برای او به صورت «ضرورت» درآمده است (مانند جایی که گرسنه است یا خطر بیماری او را تهدید می‌کند یا هزینۀ رفت و آمد به مدرسه و خریدکتاب و لوازم تحصیل خود را ندارد)، قیم می‌تواند،و حتی وظیفه دارد، که از دیگران وام بخواهد و به انتظار تصویب دادستان ننشیند. زیرا، حمایت از محجوران و رفع نیارهای ضروری آنان مبنای همۀ قواعد حقوقی در این زمینه است و نباید این مصلحت را فدای تشریفات کرد. بر عکس، جایی که قیم در پی سودجویی و مصلحت‌گرایی است و گرفتن وام ضرورتی ندارد، قیم نمی‌تواند برای مولی علیه قرض کند، مگر با تصویب دادستان.

به بیان دیگر، قاعده این است که وامخواهی برای مولی علیه با تصویب دادستان انجام شود و تنها وام‌های ضروری و مورد احتیاج از این قاعده استثناء شده است.

۴. **صلح دعوای مولی علیه**: مادۀ ۱۲۴۲ ق.م. دراین باره مقرر می‌دارد: «قیم نمی‌تواند

دعوای مربوط به مولی علیه را به صلح خاتمه دهد، مگر با تصویب مدعی العموم». صلح وسیلهٔ گذشت متقابل دو طرف دعوا است و احتمال دارد قیم نتواند مصلحت مولی علیه را به درستی تشخیص دهد یا در مقام سوءاستفاده از اختیار خود برآید. پس، قانونگذار به عنوان احتیاط قیم را از دست زدن به چنین کاری بدون تصویب دادستان منع کرده است.

احتیاط قانونگذار در مورد صلح دعاوی به قیم اختصاص ندارد و در مورد سرپرستان حقوق عمومی نیز اعمال شده است.[1]

۵. در مورد ارجاع دعوای مولی علیه به داوری: قانون حکم خاصی ندارد، در حالی که ارجاع به داوری تصمیمی خطرناک‌تر از صلح است.زیرا، تمیز سود و زیان ناشی از صلح به هنگام تراضی امکان دارد، ولی تصمیم آیندهٔ داور امری ناشناخته است و حقوق مولی علیه را در معرض خطر قرار می‌دهد. به همین جهت، در حقوق فرانسه قیم از ارجاع به داوری به کلی ممنوع شده است.[2]

حق این بود که قانون مدنی نیز ارجاع به داوری را، مانند صلح، موکول به تصویب دادستان می‌کرد. ولی، در وضع کنونی نیز رویهٔ قضایی می‌تواند آن را نوعی صلح به شمار آورد و قیم را محدود سازد.

۴۸۰. تصرفاتی که قیم از انجام دادن آنها ممنوع است:

با این که نمایندگی قیم در امور مالی محجور عام است، باید آن را محدود به ادارهٔ اموال شمرد. چنان‌که مادهٔ ۱۲۱۷ ق.م. اعلام می‌کند: «ادارهٔ اموال صغار و مجانین و اشخاص غیر رشید به عهدهٔ ولی یا قیم آنان است...». بنابراین، نباید چنین پنداشت که صلاحیت قیم مانند مالک است و همانند او حق دارد هر تصرف را که به مصلحت

۱. به موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». مبنای این اصل قانون اساسی نیز در حقوق عمومی همان احتیاط و پرهیز از اتهام در مادهٔ ۱۲۴۲ ق.م. است.

۲. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش ۲ خانواده، ش ۱۳۰۰.

می‌بیند در اموال مولی علیه بکند. در حقوق ما، هنوز مرز بین اعمال اداری و سایر تصرفات به خوبی روشن نشده است، لیکن لزوم رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه ضابطه‌ای است که می‌تواند نوع کارهای مجاز برای قیم را روشن کند: مالک حق دارد آن‌چه را می‌خواهد، تا جایی که با قوانین مخالفت ندارد و سوء استفاده از حق محسوب نمی‌شود، در دارایی خود انجام دهد، هر چند که به زیان او باشد. پس، هوس و تفنن و ترحم از انگیزه‌های مشروع برای مالک است. در حالی که نمایندهٔ قانونی محدود به رعایت مصلحت مولی علیه است و نمی‌تواند از مرز مصلحت‌گرایی بگذرد و به وادی هوس و عاطفه گام نهد.

وانگهی، در دیدگاه عرف نیز نوع اعمالی که برای ادارهٔ دارایی ضرورت دارد روشن است، چنان‌که هیچ کس در اختیار قیم نسبت به حفظ و تعمیر اموال محجور و اجارهٔ املاک و فروش اموال ضایع شدنی و ادامهٔ کسب مورث او تردید ندارد، در حالی که صلح و بخشش اموال و وصیت نسبت به آن را از قلمرو این صلاحیت خارج می‌دانند.

چنان‌که در ولایت نیز گفته شد، نوع تصرفاتی که اموال مولی علیه را در معرض تلف قرار می‌دهد یا به زیان او است، باید از حدود اداره خارج فرض شود، هر چند که در قانون نیز به صراحت منع نشده باشد[1]. بی‌گمان، توجه به متون قانونی بیش از هر راهنمای دیگر احترام دارد، لیکن رویهٔ قضایی نیز بایستی بر پایهٔ اصول مورد احترام قانونگذار کاستی‌ها را جبران کند.

بر مبنای آن‌چه گفته شد، قیم را باید از این تصرفات ممنوع دانست، هر چند با تصویب دادستان باشد:

۱. قیم نمی‌تواند اموال مولی‌علیه را به دیگری ببخشد یا وقف یا وصیت کند، زیرا نوع این تصرف به زیان او است و باعث می‌شود که محجور بدون گرفتن عوض اموال خود را از دست بدهد. وانگهی، بخشش و وقف و وصیت انگیزه‌هایی غیر از مصلحت‌گرایی دارد و از حوزهٔ ادارهٔ اموال خارج است؛ کارهایی است که زیبندهٔ مالک است نه مدیر.

در مورد اموال غیر منقول، از مفهوم مخالف مادهٔ ۱۲۴۱ ق.م. نیز می‌توان برای تأیید

۱. ش ۲۳۸ در مورد ولایت.

منع قیم استفاده کرد: زیرا، اگر انتقال ملک محجور در برابر عوض موکول به تصویب دادستان باشد، به طریق اولی باید گفت انتقال رایگان نیز از اختیار قیم بیرون است.[1] با این تفاوت که دادستان نیز خود نمایندهٔ قانونی است و حق ندارد به کاری دست زند که بر خلاف غبطه و مصلحت محجور است.[2]

با وجود این، انصاف حکم می‌کند که صدقه‌ها و هدیه‌های عرفی، در صورتی که گزاف نباشد، از این منع استثناء شود، زیراکاه لازمهٔ حفظ حیثیت محجور است و جنبهٔ تربیتی نیز دارد[3] و برای مثال، اگر قیم نتواند صدقهٔ ناچیزی را در اختیار کودک قرار دهد تا آن را به دوستی نیازمند بدهد یا با دادن هدیهٔ کوچکی او را در مسائل اجتماعی شرکت دهد، در واقع از انجام دادن تکلیفی که در بارهٔ تربیت طفل به عهده دارد بازمانده است.

۲. معاملهٔ با خود: بر طبق مادهٔ ۱۲۴۰ ق.م.:«قیم نمی‌تواند به سمت قیمومت از طرف مولی علیه با خود معامله کند، اعم از این که مال مولی علیه را به خود منتقل کند یا مال خود را به او انتقال دهد». بخش نخست ماده همهٔ قراردادهای معوض را در بر می‌گیرد، خواه تملیکی باشد یا عهدی، ولی در بخش دوم تنها سخن از انتقال است و شامل عقد عهدی نمی‌شود. از سوی دیگر، مادهٔ ۱۲۴۱ ق.م. نفوذ معامله‌ای را که در نتیجهٔ آن قیم مدیون مولی علیه شود موکول به رعایت غبطهٔ مولی علیه و ملائت قیم و تصویب مدعی العموم کرده است. پس، این سؤال مطرح می‌شود که این احکام پراکنده و به ظاهر متعارض را چگونه باید جمع کرد؟

پاسخ به این پرسش دشوار است و به نظر می‌رسد که اختلاف در نتیجهٔ اشتباه در ترجمه و تقلید ناشیانه از حقوق خارجی ایجاد شده باشد. رویهٔ قضایی نیز در این باره راه حلی ارائه نکرده است. بنابراین، یکی از دو احتمال زیر را باید تأیید کرد:

الف. مادهٔ ۱۲۴۰ ق.م. ناظر به عقود تملیکی، مانند بیع و صلح و هبه، است و انتقال

۱. ناصر کاتوزیان، مقدمهٔ علم حقوق، چاپ ۷، ش ۱۹۰.

۲. پاره‌ای از نویسندگان فرانسوی تأیید کرده‌اند که قاعدهٔ ممنوع بودن قیم از بخشش مال مولی علیه با انجام وظایف و حکمت آن منافات ندارد و از شدت بداهت در قانون نیامده است: ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۶۶۵.

۳. رویهٔ قضایی دادگاه‌های فرانسه: مازو، همان کتاب، ش ۱۳۰۰ ـ ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۶۶۷.

مال مولی علیه را به قیم و همچنین انتقال مال قیم را به مولی علیه به‌طور مطلق منع می‌کند. ولی، مادهٔ ۱۲۴۱ ویژهٔ عقود عهدی است که باعث ایجاد دین برای قیم در برابر مولی‌علیه می‌شود.

در تأیید این احتمال می‌توان گفت، بند ۲ مادهٔ ۱۲۴۰ در مقام بیان قلمرو معاملهٔ قیم با خود او است و بعید به نظر می‌رسد که تنها ناظر به بخشی از مصداق‌های بند نخست باشد. پس، باید گفت مقصود از واژهٔ «معامله» در بند نخست نیز قراردادی است که باعث انتقال مال می‌شود؛ چنان‌که در عرف نیز معامله به این گونه دادوستدها بیشتر گفته می‌شود و ظهور در آن دارد. به اضافه، بند ۳ مادهٔ ۴۵۲ ق.م. فرانسه که به احتمال زیاد یکی از منابع قانون مدنی بوده به همین مضمون است و به انتقال حق نظر دارد.

ب. مادهٔ ۱۲۴۰ ق.م. ناظر به معاملاتی است که قیم به نمایندگی از سوی مولی‌علیه با خود می‌کند، خواه موضوع آن عقد تملیکی باشد یا عهدی. بخش دوم ماده تنها به عنوان نمونه آورده شده و حاوی شایع‌ترین نوع معامله یا انتقال اموال است و نباید منع قانون را ناظر به عقود تملیکی شمرد. منع مطلق از انجام معامله نیز به این دلیل است که قیم با خود معامله می‌کند. ولی، مادهٔ ۱۲۴۱ به صورتی توجه دارد که قیم با خود معامله نمی‌کند، یعنی خود عهده‌دار ایجاب و قبول از دو طرف عقد نیست. به همین جهت، معاملهٔ او تنها در صورتی نیاز به تصویب دادستان دارد که، در نتیجهٔ معامله، قیم مدیون مولی علیه شود.

در تأیید این نظر می‌توان افزود که مفهوم مخالف مادهٔ ۱۲۴۱ ق.م. این است که، جز در مورد فروش و رهن و اموال غیر منقول و معامله‌ای که قیم را مدیون مولی علیه می‌کند، در مورد سایر قراردادها قیم اختیار دارد و تصویب دادستان لازم نیست و این نتیجه در صورتی قابل قبول به نظر می‌رسد که آن ماده منصرف از «معاملهٔ قیم با خود» باشد؛ معاملهٔ خطرناکی که برای همهٔ نمایندگان قانونی ممنوع شده است و مادهٔ ۱۲۴۰ ق.م. نیز قیم را از انجام دادن آن برحذر می‌دارد.

هر یک از این دو احتمال می‌تواند طرفدارانی پیدا کند و نظر رویهٔ قضایی را به سوی خود کشد. ولی، آن‌چه اکنون باید گفت این است که احتمال دوم معقول‌تر به نظر

می‌رسد. زیرا، اگر احتراز از خطر ناشی از «معاملهٔ باخود» مبنای حکم مادهٔ ۱۲۴۰ باشد، باید پذیرفت که این خطر در مورد عقود تملیکی و عهدی یکسان است. بر عکس، اگر جلوگیری از انتقال اموال محجور مبنای حکم فرض شود، چرا انتقال اموال قیم به مولی علیه مشمول آن قرارگرفته است؟ و چرا بند اول ماده منع قانونگذار را مشروط به این قید ساخته است که «قیم به قیمومت از طرف مولی علیه با خود معامله کند»؟

تنها اشکال قابل توجه در تعبیر اخیر این است که، اگر مادهٔ ۱۲۴۱ منصرف از معاملهٔ قیم با خود باشد، به دشواری می‌توان مصداقی برای آن پیدا کرد (مانند این‌که قیم با شخص ثالث معامله کند و ضمن آن تعهدی به سود مولی علیه بر عهده گیرد). پس، باید گفت مادهٔ ۱۲۴۱ ق.م. در این بخش از حکم، خود قلمروی محدود دارد، مگر این که معاملهٔ قیم عمومی با قیم اتفاقی صورت پذیرد.

نکته‌ای که یادآوری آن مفید به نظر می‌رسد این است که منع هر دو ماده مشروط بر این است که دین قیم در برابر مولی علیه باشد، وگرنه هیچ مانعی ندارد که قیم مال خود را به مولی علیه ببخشد یا تعهدی رایگان به سود او کند. زیرا، چنان که بارها گفته شد، مبنای هر دو حکم پرهیز از اقدامی است که به زیان محجور تمام شود و قیم را در معرض اتهام قرار دهد.

۳. ضمان از دین دیگری: در قوانین ما متن صریحی وجود ندارد که مانع از ضمانت قیم به نمایندگی از سوی مولی علیه باشد. با وجود این، نوع چنین معامله‌ای به زیان مولی‌علیه و مخالف با مصلحت او است. زیرا، ضمان باعث می‌شود که دین مضمون عنه بر ذمهٔ مولی علیه قرارگیرد و او را مدیون سازد (مواد ۶۸۴ و ۶۹۸ ق.م.).

ضامن می‌تواند بعد از ادای دین به مضمون عنه رجوع کند و آن‌چه را که داده است بازستاند. ولی، در این رجوع احتمال دارد با معسری ناتوان یا دغلی زیرک روبرو شود و نتواند جبران خسارت کند. به همین جهت، ضمان را در حقوق ما نوعی «احسان» نامیده‌اند.[1]

بنابراین، هرگاه قیم بخواهد مصلحتی استثنایی را مبنای ضرورت ضمان قرار دهد،

۱. همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۳، ش ۱۴۵.

باید آن را اثبات کند و برای این منظور دست کم باید تصویب دادستان را به دست آورد. حتی می‌توان از این هم پیش‌تر رفت و ادعا کرد که مادهٔ ۶۸۶ ق.م. دلالت دارد که ضامن باید اهلیت داشته باشد و محجور را نمی‌توان ضامن دیگری کرد، هر چند که عقد به قیمومت انجام شود و به تصویب دادستان هم برسد.[۱]

همین حکم در موردی جاری است که قیم بخواهد مال محجور را قرض دهد، زیرا از حیث مبنا با ضمان تفاوتی ندارد و سنخ معامله به زیان محجور است.

در موردی که ضمان به موجب قرارداد خصوصی نوعی وثیقهٔ شخصی در برابر طلبکار باشد که در صورت لزوم از آن استفاده کند، موضوع تابع موردی است که قیم می‌خواهد عین مال محجور را به رهن دیگری گذارد و به نظر می‌رسد که ممنوع از آن باشد.

۴. تراضی در تقسیم: قیم نمی‌تواند در تقسیم ترکه‌ای که به مولی علیه به میراث رسیده است با سایر وارثان تراضی کند. این تقسیم باید در دادگاه و با نظارت مقام‌های قضایی انجام پذیرد. مادهٔ ۳۱۳ قانون امور حسبی در این باره می‌گوید: «**در صورتی که تمام ورثه و اشخاصی که در ترکه شرکت دارند حاضر و رشید باشند به هر نحوی که بخواهند می‌توانند ترکه را مابین خود تقسیم نمایند، لیکن اگر مابین آنها محجور یا غائب باشد تقسیم ترکه بتوسط نمایندگان آنها در دادگاه به عمل می‌آید**». زیرا، از نظر تحلیلی، تقسیم ترکه به تراضی به منزلهٔ مبادلهٔ سهم مشاع مولی علیه با حصهٔ مفروزی است که به او می‌رسد و نیز نوعی مصالحه است.

این قاعده در مورد افراز سهم محجور از سایر شریکان مال مشاع نیز رعایت می‌شود (مادهٔ ۳۲۶ ق.ا.ح.)[۲]

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۳۰۰.

۲. رأی وحدت رویهٔ هیأت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۶۰/۱۰/۵ که افراز و تقسیم ترکه را در صورتی که بین شریکان و وراث غایب یا محجور باشد، در صلاحیت دادگاه می‌داند نه واحد ثبتی. در این رأی آمده است: «نظر به این‌که مادهٔ اول قانون‌افراز و فروش املاک مشاع که قانون عام است و بر طبق آن افراز املاکی که جریان ثبتی آن خاتمه یافته است در صلاحیت واحد ثبتی محل شناخته شده علی الاصول ناسخ مادهٔ ۳۱۳ قانون امور حسبی که قانون خاص است نمی‌باشد...»

۴۸۱. حدود این اختیار در نکاح و طلاق:

نکاح و طلاق از امور وابسته به شخصیت است که هر کس باید در بارهٔ خود تصمیم بگیرد. با وجود این، گاه از نظر روانی و پزشکی ازدواج محجور یا طلاق زوجهٔ او ضرورت پیدا می‌کند. در این صورت، ناچار بایستی قیم در انعقاد نکاح و طلاق دخالت داشته باشد. بدین‌ترتیب، بر خلاف امور مالی که صلاحیت قیم در ادارهٔ آن عام است و استثناها را در قوانین باید جستجو کرد، در نکاح و طلاق اختیار قیم بر خلاف اصل است و نیاز به تصریح دارد. در این زمینه نیز اختیار قیم به مراتب محدودتر از ولی قهری است و برای این‌که دامنه و حدود آن به تفصیل معین شود، این اختیار را در مورد صغیر و سفیه و مجنون جداگانه بررسی می‌کنیم:

۱. در مورد صغیر: قیم هیچ اختیاری در نکاح و طلاق ندارد، آنچه در مادهٔ ۱۰۴۱ اصلاح شدهٔ قانون مدنی در بارهٔ نکاح به ولایت آمده است، ویژهٔ پدر و جد پدری است و قیم نمی‌تواند از آن استفاده کند، هر چند که با تصویب دادستان باشد. وانگهی، چنان که گفته شد، اختیار ولی قهری نیز در این باره بیشتر جنبهٔ نظری دارد و برای احترام به سنت‌های فقهی است، وگرنه امروز هیچ پدری کودک خانواده را پیش از بلوغ شوهر نمی‌دهد یا برای پسر نابالغ خود زن نمی‌گیرد. احتمال این گونه زواج‌ها در عشایر و قبیله‌ها امکان دارد، ولی در جامعهٔ شهری و متمدن با اخلاق عمومی برخورد شدید پیدا می‌کند.

در هر حال، مفاد مادهٔ ۱۰۴۱ در طلاق اجرا نمی‌شود و همه پذیرفته‌اند که طلاق بایستی پس از بلوغ و به وسیلهٔ شوهر انجام پذیرد.

۲. انتخاب همسر سفیه: با خود او است و انسانی را که از نظر مالی نیاز به مشاور و سرپرست دارد از حق انتخاب همسر نمی‌توان محروم کرد (ج ۱، ش ۴۷). با وجود این، تراضی در بارهٔ مهر را قیم بایستی تنفیذ کند، وگرنه باطل است. طلاق همسر غیر رشید نیز با خود او است.

۳. دخالت قیم بیشتر در مورد مجنون ضرورت پیدا می‌کند: زیرا در این فرض مولی علیه انسانی است که از نظر بدنی کامل و از جهت روانی ناقص و سرگشته است. نیاز به

(آراء وحدت رویهٔ قضایی از ۵۸/۸/۲۸ تا ۶۳/۴/۱۲، اداره کل آموزش دادگستری).

همسر را احساس می‌کند، ولی توان انتخاب آن را ندارد. پس، ناچار بایستی قیم به نمایندگی او تصمیم بگیرد.

در طلاق نیز همین ضرورت به چشم می‌خورد. زیرا، نه تنها طلاق زن مجنون گاه برای سلامت او لازم است، رها ساختن زنی که مایل به زندگی مشترک با دیوانه نیست همیشه مطرح است و باید چاره‌ای برای آن جستجو کرد.

با وجود این، قانون مدنی در این باره حکمی ندارد و مادهٔ ۸۸ قانون امور حسبی در مقام جبران این نقص اعلام می‌کند: «**در صورتی که پزشک ازدواج مجنون را لازم بداند قیم با اجازهٔ دادستان می‌تواند برای مجنون ازدواج نماید و هرگاه طلاق زوجهٔ مجنون لازم باشد به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه قیم طلاق می‌دهد**».

این ماده شامل دو بخش جداگانه است: بخش نخست مربوط به زواج دیوانه است که شامل مرد و زن هر دو می‌شود و بخش دوم، که ویژهٔ طلاق همسر دیوانه است و به زن دیوانه ارتباط ندارد.

با وجود این، بعض از نویسندگان از جمع آمدن این دو بخش در مادهٔ ۸۸ چنین نتیجه گرفته‌اند که حکم ناظر به نکاح و طلاق مرد دیوانه است. در تأیید این نظر نیز گفته شده است که، زن گرفتن برای مرد دیوانه برای او تعهد مالی در بارهٔ پرداخت مهر و نفقه ایجاد می‌کند و از این لحاظ به زیان او است، پس لازم است که امکان این اقدام منوط به ضرورت پزشکی شود، در حالی که شوهر دادن زن دیوانه منافع مادی نیز برای او به همراه دارد. بنابراین، هرگاه مصلحت ایجاب کند زن دیوانه به شوهر داده می‌شود[1].

این نظر، چنان که نویسندهٔ آن نیز توجه کرده است، با ظاهر بخش نخست مادهٔ ۸۸ تعارض دارد، زیرا واژهٔ «مجنون» بدون قید و به طور مطلق استعمال شده است و شامل مرد و زن هر دو می‌شود. وانگهی، بر خلاف آن‌چه ادعا شده است، لزوم کسب نظر پزشک هیچ قرینه‌ای بر انصراف مادهٔ ۸۸ از نکاح زن دیوانه محسوب نمی‌شود. وضع روانی دیوانه چندان حساس است که در بارهٔ همهٔ عوامل مؤثر در آن بایستی پزشک نظر بدهد و از این حیث هیچ تفاوتی بین زن و مرد وجود ندارد.

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۳۰۲.

ولی، آنچه بیشتر قبول نظر یاد شده را دشوار می‌سازد این است که، اگر مادهٔ ۸۸ قانون امور حسبی ناظر به نکاح مرد دیوانه باشد، زواج زن دیوانه بدون حکم می‌ماند، بر خلاف آنچه ادعا شده است، از آن نمی‌توان نتیجه گرفت که قیم می‌تواند خود مصلحت مولی علیه را تشخیص دهد و تصمیم به شوهر دادن او بگیرد. چنان که گفته شد، دخالت قیم در امر نکاح مولی علیه امری است خلاف قاعده که نیاز به حکم دارد، زیرا انتخاب همسر از امور مربوط به شخصیت است وولایت بر آن چهرهٔ استثنایی پیدا می‌کند. به ویژه، در مورد مجنون، واگذاردن نکاح به شخص عامی و انکار ضرورت نظر خواهی از پزشک خطرناک و غیر منطقی به نظر می‌رسد.

بنابراین، در تفسیر مادهٔ ۸۸ق.ا.ح. نباید از ظاهر آن گذشت و حکم را تنها ناظر به مرد دیوانه دانست.

۴۸۲. وظایف قیم:

گذشته از مواردی که قیم می‌تواند بر مبنای مصلحت مولی علیه تصمیم بگیرد و در زمرهٔ اختیارهای او است، انجام دادن پاره‌ای امور را قانونگذار در شمار وظایف قیم قرارداده است. خودداری از اجرای دستورهایی که بر قیم تکلیف شده است، برای او ضمان‌آور و گاه سبب عزل می‌شود. این تکالیف را می‌توان به سه گروه تقسیم کرد:

۱. اقدام‌های احتیاطی
۲. کارهای اداری
۳. دادن صورتحساب تصدی و تحویل اموال.

۴۸۳. الف. اقدامهای احتیاطی:

۱. پس از ابلاغ سمت قیمومت و قبل از هر اقدام دیگر، قیم باید «صورت جامعی از کلیهٔ دارایی او تهیه کرده یک نسخهٔ آن را به امضاء خود برای دادستانی که مولی علیه در حوزه آن سکونت دارد بفرستد....» (مادهٔ ۱۲۳۶ اصلاحی ق.م). در این صورت جامع «... باید برگهای بهادار و اسناد دیون و اسناد املاک و تمام برگهایی که دارای اهمیت است

ذکر نماید و برگهایی که بها و اهمیتی ندارد هر نوعی از آنها را علیحده بایگانی و عدد برگها را در سیاههٔ دارایی قید کند».

تهیهٔ این صورت، در آغاز قیمومت نشان می‌دهد که دارایی محجور چه اندازه است و اموال در چه وضع قراردارد و از دو جهت در جریان اجرای قیمومت به کار می‌رود: نخست این که در تهیهٔ صورتحساب‌ها و هزینه‌ها مفید واقع می‌شود، دوم این که مبنای تعیین مبلغی می‌شود که دادستان برای مخارج سالیانهٔ مولی علیه در نظر می‌گیرد(مادهٔ ۱۲۳۳ ق.م).

۲. گذشته از تهیهٔ صورت دارایی، که در قانون امور حسبی «سیاههٔ اموال» نامیده شده است، مادهٔ ۹۱ قانون امور حسبی مقرر می‌دارد: «در صورتی که پس از تعیین قیم، مورث محجور فوت نماید، قیم مکلف است در ظرف ده روز درخواست مهر و موم و تحریر ترکهٔ متوفی را بنماید». برای مثال، فرض کنیم ادارهٔ دارایی کودکی که ولی قهری ندارد و در حضانت مادر است به قیم سپرده شود و پس از چندی مادر بمیرد. تمام یا بخشی از دارایی مادر به کودک می‌رسد و به دارایی او افزوده می‌شود.

در جریان انتقال دارایی مورث به کودک، باید اموال او از دستبرد و تفریط مصون بماند. مهر و موم و تحریر ترکه وسیلهٔ حفظ و صورت برداری رسمی از آن اموال است و همان نقش سیاههٔ اموال را دارد و متمم آن است. منتها، چون در آغاز قیمومت همهٔ اموال محجور در اختیار قیم قرار می‌گیرد، برای نگاهداری و تهیهٔ سیاهه، قیم نیازی به رجوع به دادگاه ندارد و خود می‌تواند اقدام کند. ولی، در مورد اموالی که به میراث بر دارایی محجور افزوده می‌شود، ترکه در اختیار قیم نیست و احتمال دارد مدعیان دیگر، مانند سایر وارثان متوفی و موصی له و طلبکاران، در حراست از آن ذینفع باشند. این است که ناچار قیم، برای حفظ حقوق مولی علیه، بایستی دست به دامان مقام‌های عمومی زند و از دادگاه یاری بخواهد. قالب حقوقی این استعانت درخواست «مهر و موم» و «تحریر ترکه» است، که در آن همهٔ اشخاص ذینفع می‌توانند نظارت و شرکت داشته باشند؛ امین دادگاه نمایندهٔ همهٔ مالکان و طلبکاران است و صورتی که از ترکه برداشته می‌شود و بهایی که برای اموال تعیین می‌گردد برای همه آثار حقوقی دارد.

۳. «اسناد و اشیاء قیمتی باید با اطلاع دادستان در محل امنی نگاهداری شود و وجوه نقدی که محل احتیاج نیست باید در یکی از بانکهای معتبر گذاشته شود» (مادهٔ ۸۴ ق.ا.ح.).

نگاهداری اموال در محل امن و سپردن پول زاید بر احتیاج به بانک معتبر از اقدام‌های احتیاطی است که هر «پدر خوب خانواده» بدان دست می‌زند تا دارایی خود و فرزندانش را از دستبرد و تفریط مصون دارد. وظیفهٔ قیم چیزی بیشتر از امین است. او، نه تنها باید از کارهای زیانبار خودداری کند، بایستی در استفادهٔ درست از اموال و گردش دارایی و بهره‌برداری و فزونی آن بکوشد و چنان رفتار کند که یک پدر دلسوز خانواده می‌کند. پس، کافی نیست که احراز شود آن‌چه قیم انجام داده به مصلحت مولی علیه بوده است؛ باید ثابت شود آن‌چه را لازمهٔ ادارهٔ متعارف دارایی است، همچون پدری دلسوز انجام می‌دهد[1]. به بیان دیگر، اداره و حفاظت از اموال مولی علیه تنها در اختیار قیم نیست؛ وظیفهٔ او است.

۴. پیرو همین وظیفهٔ عمومی است که مادهٔ ۸۰ ق.ا.ح. دستور می‌دهد: «قیم باید اموال ضایع شدنی محجور را بفروشد و از پول آن با رعایت مصلحت محجور مالی خریداری و یا به ترتیب دیگری که مصلحت باشد رفتار نماید».

۴۸۴. ب. کارهای اداری:

چنان که گفته شد، ادارهٔ دارایی مولی علیه تنها در اختیار قیم قرار ندارد، وظیفهٔ او نیز هست. نظام ادارهٔ اموال مولی علیه بر مبنای نمایندگی صورت می‌پذیرد: بدین معنی که قیم نمایندهٔ عام محجور در کلیهٔ امور مربوط به اموال و حقوق مالی است (مادهٔ ۱۲۳۵ ق.م.). منتها، این نمایندگی آمیزه‌ای از اختیار و تکلیف است و قیم اختیار می‌یابد تا عهده‌دار اداره شود و دارایی مولی علیه را عاطل و بیهوده نگذارد.

۱. در بارهٔ معیار «پدر خوب خانواده» در حقوق روم و فرانسه، که به احتمال زیاد الهام‌بخش نویسندگان قانون امور حسبی بوده است، رک: مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش دوم (خانواده)، ش ۱۲۶۵ و ۱۲۷۵ ـ ریپرو بولانژه، ج ۱، ش ۲۶۰۱.

تکلیف عام قیم در ادارهٔ دارایی را می‌توان به سه وظیفهٔ اصلی تحلیل کرد:[۱]

۱. قیم بایستی از اموال مولی علیه بهره‌برداری متعارف را بکند و آن را عاطل نگذارد. برای مثال، خانهٔ زاید بر احتیاج او را به اجاره بدهد، زمین مزروعی ملک او را به زیر کشت مناسب برد، پول او را به وسیلهٔ مضاربه یا جعاله یا خرید سهام شرکتها به کار اندازد... و مانند اینها.

قانون امور حسبی به پاره‌ای چهره‌های این تکلیف به صراحت اشاره می‌کند: از جمله در مادهٔ ۸۰ به قیم دستور می‌دهد که اموال ضایع شدنی مولی علیه را بفروشد و با آن مال دیگر بخرد یا ترتیب دیگری برای بهره‌برداری از آن بدهد. مادهٔ ۹۰ نیز در همین زمینه مقرر می‌دارد: «وجوه زاید از احتیاج صغیر را قیم در صورت امکان نباید بدون سود بگذارد و اگر بیش از شش ماه بدون سود گذاشت مسؤول تأدیهٔ خسارت تأخیر تأدیه خواهد بود».

با این که مادهٔ ۹۰ ناظر به بهره‌برداری از پول مولی علیه است، از مبنای آن می‌توان معیار ادارهٔ درست سایر اموال را به دست آورد. به بیان دیگر، مفاد مادهٔ ۹۰ یکی از مصداق‌های قاعدهٔ کلی در بارهٔ لزوم بهره‌برداری از اموال مولی علیه است که در نظر قانونگذار بوده و در یکی از چهره‌های خود به کار رفته است.

۲. قیم باید دارایی مولی علیه را حفظ کند و نگذارد از لحاظ حقوقی یا مادی از بین برود. در اجرای این تکلیف، قیم بایستی طلب محجور را به هنگام از بدهکار مطالبه کند، تعمیر لازم برای حفظ املاک و اشیاء منقول انجام دهد و مانع از آن شود که مشمول مرور زمان گردد... و مانند اینها.

در قانون امور حسبی نیز، تکلیف مربوط به سپردن پول‌های زاید بر احتیاج به بانک و نهادن اسناد و اشیاء قیمتی در محل امن، مانند گاو صندق یا نزد دوستی (مادهٔ ۸۴) و فروش اموال ضایع شدنی (مادهٔ ۸۰) و درخواست مهر و موم ترکهٔ مورث (مادهٔ ۹۰) از چهره‌های گوناگون همین وظیفه است.

۳. قیم باید در حدود امکان برای زیاد کردن میزان سرمایهٔ مولی علیه بکوشد و از

۱. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۶۰۱.

هزینه‌ها بکاهد و صرفه‌جویی کند. تکلیف مادهٔ ۹۰ ق.ا.ح. در این که پول صغیر را بدون سود نگذارد و حکم مادهٔ ۱۲۳۷ ق.م. در این باب که قیم نمی‌تواند بیش از مبلغی که دادستان معین می‌کند به مصرف هزینهٔ ادارهٔ دارایی یا امور شخصی محجور برساند، در اجرای وظیفهٔ عمومی او در اندوختن و زیاد کردن سرمایه است.

هزینه‌ها در هر حال باید محدود به اموری باشد که برای نگاهداری و تربیت محجور و ادارهٔ دارایی او ضرورت دارد. حدود این ضرورت را نیز عرف معین می‌کند. مادهٔ ۹۵ ق.ا.ح. ضابطهٔ هزینه‌های لازم را، که از اموال محجور برداشته می‌شود، چنین بیان می‌کند: «هزینهٔ حفظ و ادارهٔ اموال محجور و هزینه‌ای که برای رسیدگی به امور محجور و انجام وظایف قیمومت لازم می‌شود از اموال محجور تأدیه می‌گردد»[1].

مادهٔ ۸۲ همان قانون، در مقام بیان «هزینه‌های شخصی» مولی علیه اعلام می‌کند: «قیم باید هزینهٔ زندگی محجور و اشخاص واجب النفقهٔ او و همچنین هزینهٔ معالجهٔ آنها را در بیمارستان و غیره و هزینهٔ لازم دیگر از قبیل هزینهٔ تربیت اطفال محجور را بپردازد و اگر محجور دیوانه باشد باید به حسب اقتضاء در خانه یا تیمارستان تحت معالجه قرار داده شود».

۴۸۵. ج. دادن صورت حساب تصدی و تحویل اموال:

بر طبق مادهٔ ۱۲۴۴ ق.م.: «قیم باید لااقل سالی یک مرتبه حساب تصدی اعمال خود را به مدعی العموم یا نمایندهٔ او بدهد و هرگاه در ظرف یک ماه از تاریخ مطالبهٔ مدعی العموم حساب ندهد به تقاضای مدعی العموم معزول می‌شود». این تکلیف به منظور تأمین نظارت قوهٔ قضائیه بر اعمال قیم ایجاد شده است، وگرنه، در اجرای قیمومت هیچ اثری در حفظ اموال و ادارهٔ دارایی ندارد.

قیمومت شاخه‌ای از ولایت حاکم بر دارایی کودکان و محجورانی است که ولی خاص ندارند. قیم نمایندهٔ حاکم است و، بر طبق قواعد عمومی وکالت، باید صورت حساب

۱. علامهٔ حلی در تذکره (ج ۲، ص ۸۱) و در شمار اموری که در انفاق جایز نیست می‌نویسد: «... ولا الاسراف فی‌النفقه بل یکون فی ذلک مقتصداً او یجری الطفل علی عادته و قواعد امثاله من نظائره...».

تصدی خود را به موکل بدهد (مادهٔ ۵۶۸ ق.م.). منتها، چون در فرض ما دادگاه و دادستان نفع شخصی و اصیل در ادارهٔ دارایی ندارد و خود نیز نایب محجور است، اجرای این تکلیف را به منظور اعمال نظارت از قیم می‌خواهد.

دادن صورت حساب تصدی به دادستان، قیم را از اجرای این تکلیف در برابر مالک دارایی یا منوب عنه اصلی بی نیاز نمی‌کند. این تکلیف، تا زمانی که محجور در ولایت حاکم قرار دارد، در چهرهٔ وظیفهٔ دادن حساب سالیانه به دادستان بروز می‌کند. ولی، پس از پایان حجر، قیم باید مانند هر وکیل دیگر، حساب زمان تصدی را به مالک آن بدهد؛ چنان که در مادهٔ ۱۲۴۵ ق. م. می‌خوانیم: «قیم باید حساب زمان تصدی خود را پس از کبر و رشد یا رفع حجر به مولی علیه سابق خود بدهد. هرگاه قیمومت او قبل از رفع حجر خاتمه یابد حساب زمان تصدی باید به قیم بعدی داده شود». این حکم مربوط به نظم عمومی است و هیچ قراردادی نمی‌تواند قیم را از دادن صورت حساب معاف کند.

موردی که در قانون پیش بینی نشده فرضی است که محجور فوت می‌کند. در این صورت، حساب زمان تصدی باید به وراث تسلیم شود[1].

گذشته از دادن صورت حساب تصدی، قیم باید در پایان سمت خود اموال مولی علیه را به تصرف قیم بعدی یا شخص او (در صورت زوال حجر)بدهد. این تکلیف از نتایج نیابت و از توابع وظیفهٔ او در دادن صورت حساب است، چنان که هر امین دیگر نیز، بر طبق قواعد عمومی، این وظیفه را دارد. مادهٔ ۸۷ ق.ا.ح. در این باره مقرر می‌دارد: «قیم باید بعد از رفع حجر اموال محجور را به تصرف او بدهد و اگر در مدت حجر سمت قیمومت از قیم سلب و به جای او شخص دیگری معین شد اموال را به تصرف قیم بعدی بدهد».

۴۸۶. ادامهٔ وظیفهٔ حفاظت:

بر طبق قاعده، وظیفهٔ قیم در صورت عزل از قیمومت و استعفای او از این سمت و همچنین زوال حجر مولی علیه پایان می‌پذیرد. ولی، چون احتمال دارد که دارایی محجور

۱. مادهٔ ۴۷۱ ق.م. فرانسه و در بارهٔ شرح آن، رک: مازو، همان کتاب، ش ۱۳۲۲.

بی سرپرست باقی بماند، قانونگذار وظیفهٔ حفظ اموال را تا زمان تحویل آن به شخص با صلاحیت ادامه می‌دهد. در مادهٔ ۹۲ ق.ا.ح. آمده است: «**بعد از زوال قیمومت، قیم مسؤول حفظ اموال محجور است تا به تصرف شخصی که باید تصرف نماید بدهد**». این شخص، در صورت زوال حجر، خود مولی علیه و در مورد عزل و استعفا، قیم بعدی یا دادستان است که، هرگاه طفره‌ای بین قیمومت و آغاز کار قیم بعدی ایجاد شود، خود عهده‌دار حفظ اموال می‌گردد، چنان که در مادهٔ ۹۰ ق.ا.ح. در یکی از شایع‌ترین موارد این فرض، یعنی فوت قیم می‌خوانیم: «در صورت فوت قیم، ورثهٔ کبیر او اگر باشند مکلف هستند به دادستان اطلاع دهند و مادام که قیم جدید معین نشده حفظ و نظارت در اموال صغار و مجانین و اشخاص غیر رشید که قیم آنها فوت شده به عهدهٔ دادستان خواهد بود».

چنان‌که از مفاد مادهٔ ۹۲ ق.ا.ح. بر می‌آید، آنچه پس از زوال قیمومت بر عهدهٔ قیم باقی می‌ماند، تنها وظیفهٔ حفاظت است و شامل سایر تکالیفی که قیم در ادارهٔ دارایی مولی علیه دارد نمی‌شود. برای مثال، از قیمی که عزل شده است نمی‌توان انتظار داشت که، پس از ابلاغ تصمیم دادگاه، برای حفظ مصلحت مولی‌علیه پیشین خود به تجارت بپردازد یا اموال منقول زاید او را بفروشد.

در واقع، پس از زوال قیمومت، وظایفی که به این عنوان بر عهدهٔ قیم نهاده شده است پایان می‌پذیرد. ولی، قیم در حکم امینی است که اموال محجور به او سپرده شده. به همین جهت، وضع حقوقی او را بایستی تابع قواعد امانت شمرد (مواد ۶۱۲ به بعد ق.م.)[1]

۴۸۷. واگذاری ادارهٔ اموال اکتسابی محجور به او:

وضع محجورانی که در ولایت یا قیمومت هستند، از نظر امکان داشتن پیشه یا

۱. ادامهٔ وظایف قیمومت در مرحلهٔ انتقالی (از قیمی به قیم دیگر) در مادهٔ ۴۲۰ ق.م. فرانسه نیز پیش بینی شده است، با این تفاوت که قیم، به ویژه جایی که خود را معاف از تکلیف می‌داند و جریان در دادگاه رسیدگی می‌شود، باید به همهٔ وظایف ادارهٔ دارایی به طور موقت عمل کند: مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش ۲ خانواده، ش ۱۳۲۱.

دخالت در امور تجارتی، یکسان نیست. بعض از آنها صلاحیت هیچ اقدام مستقل را ندارند و ناچار بایستی در حجر کامل باشند و حمایت از آنان ایجاب می‌کند در جامعه رها نشوند. دیوانه از این دسته است و از او نمی‌توان انتظار فعالیت اقتصادی داشت، مگر در درجه‌ای از جنون که پزشک از نظر درمان روانی به مصلحت بداند. کودک نیز، پیش از رسیدن به سن تمیز، در این گروه قرار می‌گیرد.

برعکس، سفیه می‌تواند در داد و ستدهایی که بهای کالا معین است دخالت و گاه قرارداد ببندد یا به مشاغل خاصی بپردازد. قانونگذار نیز این صلاحیت را برای سفیه می‌پذیرد و بر همین مبنا معاملهٔ او را غیر نافذ می‌داند نه باطل. معنی عدم نفوذ این است که قیم می‌تواند معامله‌ای را که او کرده است اجازه دهد. همچنین، می‌تواند به او اذن دهد که معاملهٔ معین یا نوع معاملات خاصی را، تا جایی که از نظارت قیم خارج نشود، انجام دهد (مادهٔ ۱۲۱۴ ق.م.).

ولی، وضع کودکی که به سن تمیز رسیده و هنوز بالغ نشده است است،بدین روشنی نیست. مادهٔ ۱۲۱۲ ق.م. همهٔ اعمال و اقوال صغیر را در امور مالی باطل و بی اثر اعلام می‌کند. از سوی دیگر، می‌دانیم که این گروه از همهٔ محجوران شایستگی بیشتری برای پرداختن به شغل خاص یا بستن قراردادهای کم اهمیت دارند. امروز در بسیاری از خانواده‌ها کودکان نقش مهمی در اقتصاد خانواده و اجتماع دارند و بخشی از سنگینی بار پدر را به دوش می‌کشند. پایین آمدن سن بلوغ در اصلاح سال ۶۰ قانون مدنی از اهمیت مسألهٔ کار کودکان و اهلیت آنان برای تصرف در دسترنج خود کاسته، ولی هنوز هم بسیارند پسران کمتر از پانزده سال که می‌توانند به کارهای مفید اجتماعی بپردازند و بخشی از هزینهٔ خانواده را تأمین کنند. وانگهی، از نظر تربیتی و پرورش حس همکاری و مسؤولیت در نوجوانان، خو گرفتن آنان به کارکردن اهمیت دارد و جامعه نباید نوباوگان را از چنین فرصتی محروم سازد و دوران کارآموزی زندگی اجتماعی و اقتصادی را حذف کند.

مادهٔ ۸۵ ق.ا.ح. بدین بحث پایان بخشید. زیرا، در آن می‌خوانیم که: «**ولی یا قیم می‌تواند، در صورتی که مقتضی بداند، به محجور اجازهٔ اشتغال به کار یا پیشه بدهد و در**

این صورت اجازهٔ نامبرده شامل لوازم آن کار یا پیشه هم خواهد بود.» و مادهٔ ۸۶ می‌افزاید: «محجور ممیز می‌تواند اموال و منافعی را که به سعی خود او حاصل شده است با اذن ولی یا قیم اداره نماید» در عمل نیز، کسی که با کودک ممیز معامله می‌کند، از او دلیل اجازهٔ ولی یا قیم را نمی‌خواهد. زیرا، در عرف پذیرفته شده است که نوجوانان اختیار خرید و فروش و اجارهٔ لوازم بازی و رفت و آمد و تحصیل خود را دارند و جامعه بر این «غلبه» اعتماد می‌کند[1].

در توضیح دو مادهٔ ۸۵ و ۸۶ ق.ا.ح. توجه به چند نکته مفید به نظر می‌رسد:

۱. اجازهٔ کار یا پیشه ممکن است به محجور غیر ممیز نیز داده شود. این اجازهٔ استثنایی بیشتر به خردسالان داده می‌شود و نبایستی با قوانین و آئین‌نامه‌های کار در مورد کودکان مخالف باشد. ولی ادارهٔ اموال و منافعی که به سعی او حاصل شده است تنها از عهدهٔ محجور ممیز بر می‌آید. معاملهٔ غیر ممیز باطل است، چرا که نمی‌تواند به درستی اراده کند و حجر قانونگذار تنها چهرهٔ حمایتی ندارد. بنابراین، قیم نمی‌تواند با اذن یا اجازهٔ خود پیمان باطل را تنفیذ کند.

۲. تفاوت کار و پیشه در این است که در مورد نخست محجور «کارگر» است و با هدایت و فرمان کارفرما و برای او کار می‌کند، ولی در مورد پیشه، احتمال دارد محجور برای خود و به ابتکار شخصی کار کند و سود به دست آمده را نیز تملک نماید و حتی می‌تواند، برای اجرای لوازم پیشهٔ خود، کارگر استخدام کند.

۳. در هر مورد که اذن قیم مؤثر است و از مولی علیه رفع حجر می‌کند، اذن شامل لوازم عرفی و عقلی کار مورد اجازه نیز می‌شود (اذن به شئ اذن به لوازم آن نیز هست). پس، اگر قیم به کودک در ولایت خود اذن به روزنامه فروشی دهد، این اذن شامل گرفتن پول روزنامه، فراهم آوردن وسیلهٔ توزیع آن، بستن پیمان آبونمان، خرید روزنامه از مرکز پخش روزنامه و مانند اینها است.

۱. در مورد حجر صغیر ممیز و امکان تنفیذ آن از سوی قیم، رک: ناصر کاتوزیان، دورهٔ مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ش ۱۱۲ به بعد ـ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۲۹۸.

ب : ضمانت اجرای قواعد

۴۸۸. اقسام این ضمانت اجرا

احکام مربوط به قیمومت و اختیار قیم از دو راه تضمین شده است:

۱. بطلان یا عدم نفوذ اعمال حقوقی مخالف: بدین معنی که، اگر قیم از حدود اختیار و ولایتی که بر محجور پیدا کرده است تجاوز کند، قانون اعمال حقوقی مخالف را بی اثر می‌داند و مانع از تجاوز قیم می‌شود. همچنین، هرگاه محجوری که تحت قیمومت قرار گرفته است، بر خلاف این قواعد در مال خود تصرف کند، قانونگذار معاملهٔ مخالف را باطل یا غیر نافذ می‌کند تا از محجور حمایت شود.

۲. مسؤولیت قیم نسبت به کوتاهی در اجرای وظایف قیمومت.

بر این دو گروه باید عزل قیم را نیز افزود. منتها، چون موارد عزل قیم در گفتار سوم مربوط به پایان قیمومت آورده می‌شود، برای پرهیز از تکرار مطالب، این بخش به همان دو اختصاص می‌یابد:

۱. بطلان و عدم نفوذ اعمال حقوقی مخالف

۴۸۹. سرنوشت اعمال قیم:

۱. در صورتی که قیم پیمانی را امضا کند که ممنوع از آن است، یا قراردادی ببندد که بی تصویب دادستان اجازهٔ آن را ندارد، عمل او فضولی است. تنفیذ گروه نخست تنها موکول به اجازهٔ محجور پس از زوال حجر است. برای مثال، اگر قیم با خود معامله کند و ملک را به کودک تحت سرپرستی بفروشد، کودک پس از رسیدن به سن بلوغ و بروز وصف رشد در او، حق دارد این قرارداد را تنفیذ کند. ولی، پیش از آن غیر نافذ است و دادستان یا دادگاه نیز حق اجازهٔ آن را ندارد.

بر عکس، اجازهٔ گروه دوم با دادستان است و او می‌تواند آن‌چه را به صلاح محجور می‌داند تنفیذ کند. در واقع، عمل حقوقی از این قسم، مانند صلح دعوای مولی علیه یا

فروش و رهن اموال غیر منقول متعلق به او، پیش از تصویب دادستان ناتمام است و، با پیوستن این عامل، کمال و نفوذ حقوقی می‌یابد.

۲. در مورد عملی که قیم بر خلاف مصلحت و غبطهٔ مولی علیه انجام می‌دهد، ضمانت اجرای حقوقی پیچیده‌تر است و نیاز به تحلیل وضع نمایندگی دارد:

جایی که قیم خیانت می‌ورزد و مصلحت مولی علیه را ندیده می‌گیرد، عمل او بی‌گمان فضولی است. زیرا، فرض این است که هنگام دست زدن به آن کار در اندیشهٔ سودجویی و حفظ منافع خود یا دیگران بوده و به مقتضای نیابت عمل نکرده است. پس، طبیعی است که چنین کاری در برابر مولی علیه نفوذ حقوقی نداشته باشد. تنفیذ چنین کاری نیز تنها از محجور و پس از زوال حجر ساخته است و هیچ مقام خانوادگی یا عمومی صلاحیت اجازهٔ آن را ندارد.

بر عکس، در موردی که قیم در پی رعایت غبطهٔ مولی علیه است، ولی نمی‌تواند به آن‌چه مصلحت او است برسد، نفوذ معامله ترجیح دارد.زیرا، قیم به نیابت اقدام کرده است و حفظ حقوق اشخاص ثالثی که با او طرف قرارداد شده‌اند ایجاب می‌کند که قرارداد نافذ باشد و شخص ثالث بتواند به سرنوشت معامله اعتماد کند. این تعبیر به صلاح محجور نیز هست، زیرا امکان بی اعتبار شدن قرارداد از رغبت دیگران در معاملهٔ با قیم می‌کاهد و ادارهٔ کامل اموال محجور را دچار اختلال می‌سازد.

این تحلیل ویژهٔ قیمومت نیست و، چنان که اشاره شد، در تمام چهره‌های گوناگون نمایندگی ضرورت دارد و در وکالت (نمایندگی قراردادی) و اقسام ولایت، اعم از ولایت قهری و وصایت و قیمومت، رعایت می‌شود[۱].

همچنین، مبانی آن در ادارهٔ اموال عمومی و اشخاص حقوقی (مانند شرکتها) قابل استفاده است، مشروط بر این که قاعدهٔ مخالفی در قوانین دیده نشود.

۳. در فرضی که قیم خارج از ولایتی که به او اعطا شده است اقدام می‌کند، مانند قیمی که برای مواظبت از کودک تعیین می‌شود و او به ادارهٔ اموال طفل می‌پردازد، کار او

۱. برای دیدن همین تحلیل در وکالت: همین دورهٔ حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴ (عقود اذنی ـ وثیقه‌های دین)، ش ۱۰۳.

فضولی است. نفوذ این گونه اعمال، یا بایستی به وسیلهٔ کودک پس از رشد انجام شود (چنان که کودک قراردادهای فضولی مادر خود را اجازه دهد)، یا دادگاه با تعیین او به سمت قیمومت از تاریخ شروع به اقدام به اعمال او نفوذ حقوقی ببخشد.

در حقوق فرانسه، اگر موقعیت قیم ظاهری و ارتباط او با محجور چنان باشد که همگان را در بارهٔ سمت او به اشتباه اندازد و به اعتماد ظاهر چنین پندارند که ادارهٔ اموال با او است، قراردادهای چنین شخصی با دیگران نافذ است، هر چند که در واقع نیز ولایتی نداشته باشد[1]. این قاعده را بدین گستردگی در حقوق ما نمی‌توان تأیید کرد. با وجود این، هرگاه هدف قانونگذار حمایت از کسانی باشد که کاری را ندانسته و به اشتباه انجام داده‌اند، مانند نکاح باطلی که همسران آن را نافذ می‌پندارند، این اشتباه در وضع حقوقی آنان مؤثر است. برای مثال، هرگاه زنی در نتیجهٔ این اشتباه با دیوانه ازدواج کند و بعد معلوم شود که قیم سمتی نداشته است، نزدیکی آن دو تابع احکام «شبهه» است.

همچنین، در فرضی که عمل حقوقی در حدود مقررات مادهٔ ۳۰۶ق.م. (ادارهٔ فضولی مال غیر) و برای دفع ضرر محجور انجام شده است، نفوذ حقوقی دارد، هر چند که متکی بر ظاهری فریبنده و اشتباه‌آمیز نباشد[2].

یکی از شایع‌ترین مواردی که امکان دارد شخصی بدون داشتن سمت در امر قیمومت دخالت کند، فرضی است که قیم معزول شده ولی هنوز از حکم عزل اطلاع ندارد و در نتیجه به تصرف خود در اموال محجور ادامه می‌دهد. اعمال حقوقی وکیل در چنین وضعی نافذ است (مادهٔ ۶۰۸ ق.م.) و از مفاد مادهٔ ۱۰۰ ق.ا.ح. بخوبی برمی‌آید که این قاعده در بارهٔ قیم نیز اجرا می‌شود. در این ماده می‌خوانیم: «اعمال قیم بعد از ابلاغ حکم عزل او نافذ نیست» و مفهوم مخالف آن نفوذ اعمال پیش از ابلاغ است.

۴۹۰. سرنوشت اعمال محجور:

اعمال حقوقی محجور تابع قواعد عمومی است(مواد۱۲۰۷ به بعد ق.م.) و ممکن

۱. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش دوم خانواده، ش ۱۳۳۰

۲. برای دیدن اجرای این قاعده در وکالت فضولی: همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴، ش ۱۰۹.

است به تفاوت موارد باطل یا غیر نافذ باشد. وجود قیم در حجر اشخاص هیچ اثری ندارد. ضمانت اجرای این حجر، در قواعد عمومی قراردادها آمده است.[1] و نیازی به تکرار ندارد. همین اندازه یادآوری می‌شود که، هرگاه هدف از حجر تنها حمایت از محجور باشد و برای او بتوان امکان تصمیم‌گرفتن (قصد انشاء) را پذیرفت، عمل حقوقی غیر نافذ است (مانند معاملات سفیه و صغیر ممیز) و تنفیذ آن با قیم. و انگهی، اگر سنخ عملی که انجام شده است تنها به سود محجور باشد (مانند قبول هبه و تملک رایگان) کار محجور نافذ است، هر چند که قیم داشته باشد. بر عکس، در مواردی که محجور قابلیت قصد کردن را ندارد و نمی‌تواند معامله را تمیز دهد(مانند صغیر غیر ممیز و دیوانه)، عمل حقوقی باطل است و هیچ راهی برای تنفیذ آن باقی نمی‌ماند، خواه معامله معوض باشد یا قبول مال به رایگان.

۲. مسؤولیت قیم

۴۹۱. مبانی مسؤولیت و معیار تقصیر:

قیم مدیر دارایی مولی علیه است و در این راه وظایفی به عهده دارد که باید انجام دهد. بنابراین، کوتاهی در انجام این وظایف، هر چند به عمد نباشد، تقصیر است و هر خسارت که از این تقصیر به بار آید بر عهدهٔ او است (مادهٔ ۱ قانون مسؤولیت مدنی). پاره‌ای از این تقصیرها در قانون آمده است: مانند قید نکردن اموال مولی علیه در صورت دارایی(مادهٔ ۱۲۳۹ ق.م.). بعض از تکالیف نیز به گونه‌ای خاص در قوانین ذکر شده است: مانند نگاهداری اشیاء قیمتی و اسناد در محل امن و نهادن پول در بانک معتبر(مادهٔ ۸۴ ق.ا.ح.) و فروش اموال ضایع شدنی (مادهٔ ۸۰ همان قانون). ولی، مسؤولیت قیم را نمی‌توان به این گونه موارد محدود کرد. بخش مهمی از وظایف قیم را عرف معین می‌کند. در ادارهٔ هر دارایی شرایط و اوضاع و احوالی وجود دارد که در قوانین قابل پیش‌بینی نیست. پس، باید معیار و نمونه‌ای انتخاب کرد و رفتار قیم را با آن

۱. همین دوره از حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۲۸۱.

سنجید و بدین وسیله خطا و صواب را از هم بازشناخت.

این معیار را در حقوق فرانسه «پدر خوب خانواده» معین کرده‌اند (بند ۲ مادهٔ ۴۵۰ ق.م.). ذوق سلیم نیز ایجاب می‌کند که از قیم انتظار رفتاری را داشت که یک پدر در خانوادهٔ خود انجام می‌دهد. این پدر اموال خود و همسر و فرزندان را حفظ می‌کند و دارایی خانواده را عاطل نمی‌گذارد و کودکان را مهمل بار نمی‌آورد و در تربیت آنان می‌کوشد. قیم نیز به جای او می‌نشیند و باید در همان راه گام نهد. بی‌گمان از او انتظار فداکاری نمی‌توان داشت و از این جهت با پدر شباهت ندارد، ولی می‌توان از او خواست که بسان پدری وظیفه شناس و دلسوز رفتار کند. پس، باید پذیرفت که، قطع نظر از تکلیف‌ها و منع‌های قانونی، تجاوز از شیوهٔ رفتار این نمونهٔ آرمانی نیز تقصیر است و باعث مسؤولیت قیم می‌شود.

معیار «پدر خوب خانواده» را تنها در ادارهٔ دارایی مولی علیه نباید مورد استفاده قرار داد. این نمونهٔ نوعی در مواظبت و تربیت مولی علیه نیز به کار می‌آید. آن‌چه مادهٔ ۷۹ ق.ا.ح. در بارهٔ تکلیف قیم در این باره مقرر می‌دارد، مبهم است؛ اصل تکلیف را معین می‌کند، ولی محتوای آن را به عرف وامی‌گذارد. در این ماده می‌خوانیم: «قیم باید در تربیت و اصلاح حال محجور سعی و اهتمام نماید». و در مادهٔ ۱۲۳۵ ق.م. نیز خوانده‌ایم که: «مواظبت شخص مولی علیه با قیم است».

از این مواد فهمیده نمی‌شود که مواظبت و تربیت مولی علیه انجام چه کارهایی را لازم دارد و برای رسیدن به هدف از چه کارهایی باید پرهیز کرد. پس، ناچار برای تکمیل قانون به داوری عرف رجوع می‌شود که سرپرستی دلسوز و متعارف را معیار قرار می‌دهد و این همان است که رفتار «پدر خوب خانواده» نامیدیم.

۴۹۲. تقصیر حفاظت و آثار آن:

قیم، در عین حال که نمایندهٔ قانونی است، امین محجور نیز هست. بنابراین، نسبت به تلف و نقص اموال، در صورتی ضامن است که در حفاظت از آن تقصیر کرده باشد: اگر اموال محجور در اثر حادثه‌ای که به قیم ارتباط ندارد (مانند دزدی و آتش‌سوزی یا جنگ

و سیل) از بین برود، نمی‌توان او را مسؤول شناخت.ولی، هرگاه تلف در نتیجهٔ تعدی و تفریط قیم رخ دهد، قیم ضامن خسارات وارد شده است. تمیز تعدی و تفریط (تقصیر) با عرف است و معیار آن رفتار «پدر خوب خانواده».

در اثبات تقصیر قیم نیز مدعی کسی است که تعدی و تفریط را به او نسبت می‌دهد(لیس علی الامین الاالیمین) با وجود این، هرگاه اختلاف در بارهٔ انجام وظیفهٔ ویژه‌ای است که قانون بر عهدهٔ قیم نهاده است (مانند صورت برداری از اموال و مهر و موم و تحریر ترکهٔ مورث محجور)، قیم را باید مدعی شمرد، زیرا، در این فرض، او است که بر خلاف «اصل عدم» سخن می‌گوید[1].

تقصیر قیم، نه تنها او را مسؤول نتایج آن می‌کند، وضع حقوقی او را نیز دگرگون می‌سازد. در چنین حالتی، دیگر او را قانونگذار امین نمی‌شمرد. قیم خطاکار در حکم غاصب است، بر او سخت گرفته می‌شود و هر زیان که بر اموال محجور برسد برعهدهٔ او قرار می‌گیرد، هر چند که هیچ رابطه‌ای بین تقصیر و تلف مال وجود نداشته باشد. مادهٔ ۱۲۳۸ ق.م. در این رابطه اعلام می‌کند: «قیمی که تقصیر در حفظ مال مولی علیه بنماید مسئول ضرر و خسارتی است که از نقصان یا تلف آن مال حاصل شده، اگرچه نقصان یا تلف مستند به تفریط یا تعدی قیم نباشد».

این سختگیری ویژهٔ قیم و برای حمایت از محجور نیست ؛ در مورد هر امینی اجرا می‌شود؛ چنان که مادهٔ ۶۳۱ ق.م.، پس از مانند کردن همهٔ امین‌ها که دستی بر مال دیگری دارند، به عنوان نمونه، می‌گوید: «... بنابراین مستأجر نسبت به عین مستأجره و قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی‌علیه و امثال آنها ضامن نمی‌باشد مگر در صورت تفریط یا تعدی و در صورت استحقاق مالک به استرداد از تاریخ مطالبهٔ او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسؤول تلف و هر عیب و نقصی خواهد بود، اگرچه مستند به فعل او نباشد». انکار و امتناع قیم از رد مال محجور به او یا قیم بعدی از تقصیرهایی است که مانع از حفاظت قیم می‌شود و نوعی سرکشی است که قانونگذار بدین گونه مرتکب آن را مکافات

۱. در باره اثبات تقصیر امین و تحلیل فرض‌های گوناگون مسأله، رک: همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴(عقود اذنی وثیقه‌های دین) ش ۳۳.

می‌دهد. درو اقع قانون با امین مقصر و منکر بسان غاصبان رفتار می‌کند (مادهٔ ۳۱۵ ق.م.).

آن‌چه گفته شد در فرضی است که قیم در حال ارتکاب تعدی و تفریط است یا سمت او از بین رفته و با وجود این از پس دادن اموال به صاحب آن خودداری می‌کند. در فرضی که قیم دست از خطا شسته و به راه صواب می‌رود، اجرای این قاعده بر خلاف انصاف است .از نظر حقوقی، گروهی بر این راه رفته‌اند که صفت امانت به او باز نمی‌گردد و با او بایستی همچون غاصبان و خطاکاران رفتار کرد، ولی از استقراء و تحلیل احکامی که در بارهٔ امین صادر شده است چنین بر می‌آید که در اثر ارتکاب تقصیر سمت امانت از بین نمی‌رود؛ مانعی پیدا می‌کند که رفتار ناشایستهٔ امین است. پس هرگاه این حائل از میان برداشته شود، دوباره قیم وصف پیشین را پیدا می‌کند و نباید او را به خطایی گرفت که سپری شده است.[1]

۴۹۳. تقصیر در مواظبت و تربیت:

اگر قیم از اجرای وظیفهٔ خود در بارهٔ مواظبت و تربیت مولی علیه غفلت ورزد، ممکن است نسبت به ضررهای وارد شده به محجور یا اشخاص ثالث مسؤولیت پیدا کند:

۱. در صورتی که در اثر غفلت قیم محجور به تن یا مال خویش آسیب رساند، بر طبق قاعدهٔ عمومی مندرج در مادهٔ اول قانون مسؤولیت مدنی (تسبیب) ضامن است. برای مثال، اگر قیم بنزین را در اختیار کودکی خردسال بگذارد و در نتیجهٔ این بی احتیاطی کودک آن را بخورد و مسموم شود یا اموال خویش را آتش بزند، قیم مسؤول زیان وارد شده است، زیرا دخالت کودک در شرایطی که به سر می‌برد و به دلیل وظیفهٔ سرپرستی قیم چندان ضعیف است که نمی‌تواند رابطهٔ سببیت بین تقصیر قیم و ورود ضرر را قطع کند[2].

۱. برای دیدن بحث کامل در این باره، رک: همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴، ش ۳۴.
۲. پلنیول و ریپر، ج ۱ به‌وسیلهٔ ساواتیه، ش ۴۹۸ـ ساواتیه، رسالهٔ مسؤولیت مدنی، ج ۱، ش ۹ ـ همین دوره از حقوق مدنی، ـ مسؤولیت مدنی، ج ۱ ش ۱۲۹ به بعد.

«محجور ممیز می‌تواند از قیم برای ندادن هزینه و کوتاهی او در تربیت و نگاهداری خود شکایت نماید. در این صورت، هرگاه دادگاه شکایت را وارد دید دستوری که مناسب است می‌دهد و قیم باید بر طبق آن دستور عمل کند. مفاد این ماده در موردی که دادستان باید کوتاهی قیم را در تربیت و نگاهداری محجور و دادن هزینهٔ او به دادگاه اطلاع بدهد اجرا خواهد شد» (مادهٔ ۹۶ ق.ا.ح.)

۲. در مورد ورود زیان به اشخاص ثالث، مادهٔ ۷ قانون مسؤولیت مدنی صراحت بیشتر دارد. به موجب این ماده: «کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا بر حسب قرارداد به عهدهٔ او می‌باشد، در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت مسؤول جبران زیان وارده از ناحیهٔ مجنون یا صغیر می‌باشد، و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد، از مال مجنون یا صغیر جبران زیان خواهد شد و در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران کنندهٔ زیان نباشد»[1].

چنان که ملاحظه می‌شود، خسارت وارد به اشخاص ثالث دو سبب گوناگون دارد: ۱) اتلاف صغیر یا مجنون ۲) تقصیر قیم که سبب ورود خسارت شده است. در این فرض، رابطهٔ علیت بین تقصیر و ضرر بیش از اتلاف است و، بنابراین، در صورتی که قیم توان جبران همهٔ زیان را داشته باشد، قانون او را ضامن قرار می‌دهد. ولی، هرگاه بخشی از خسارت جبران نشده باقی بماند، اتلاف صغیر و مجنون نیز برای او ضمان‌آور است؛ چنان که مادهٔ ۱۲۱۶ ق.م. مقرر می‌دارد: **«هرگاه صغیر یا مجنون یا غیر رشید باعث ضرر شود ضامن است».**

در مادهٔ ۷ قانون مسؤولیت مدنی از سفیه نام برده نشده است. این سکوت عمدی و منطقی است، زیرا سفیه تنها در صرف مال به شیوهٔ خردمندان رفتار نمی‌کند و در سایر امور و از جمله ضمان قهری در شمار دیگران است. پس، اگر زیانی به بار آورد، خود مسؤول است و قیم وظیفه‌ای در منع سفیه از ورود ضرر به دیگران ندارد. با وجود این، هرگاه قیم مال دیگری را برای اداره در اختیار سفیه قرار دهد و او به نادانی دست به

۱. حقوق مدنی، ـ مسؤولیت مدنی، ج ۱ ش ۱۳۰.

تفریط زند، قیم و سفیه همچون دو غاصب مسؤول هستند. زیرا، در این مثال، ضمان قیم از تقصیر مواظبت ناشی نشده است و به همین جهت نیز مانع از مسؤولیت سفیه نمی‌شود. تقصیر او در غصب مال دیگران یا خیانت در امانت است.

ولی، در رابطهٔ بین قیم و سفیه، قیم مسؤول خساراتی است که از رهگذر ضمان سفیه در برابر ثالث بر او وارد شده است. زیرا، قیم نباید مالی را برای اداره در اختیار سفیه قرار دهد و در نتیجهٔ همین تقصیر سبب ورود خسارت به او می‌شود و باید آن را جبران کند. همچنین، اگر شخص ثالث از قیم خسارت بگیرد، او نمی‌تواند برای آن‌چه داده است به سفیه رجوع کند.

۴۹۴. نیاوردن اموال در صورت دارایی:

گفته شد که قیم مکلف است در آغاز دخالت خود سیاههٔ کاملی از اموال محجور تهیه کند و به دادستان بدهد تا هم از تفریط آن اموال جلوگیری شود و هم دادستان بتواند به درستی در کار قیم نظارت کند و هزینهٔ سالانهٔ محجور را به تناسب میزان اموال به او بدهد. کوتاهی در این زمینه به احتمال زیاد زیان‌هایی به بار می‌آورد که قانونگذار به آن توجه داشته است.

در مادهٔ ۱۲۳۹ ق.م. می‌خوانیم: «هرگاه معلوم شود که قیم عامداً مالی را که متعلق به مولی علیه بوده جزو صورت دارایی او قید نکرده و یا باعث شده است که آن مال در صورت مزبور قید نشود، مسؤول هر ضرر و خساراتی خواهد بود که از این حیث به مولی علیه وارد شود، به علاوه در صورتی که عمل مزبور از روی سوءنیت بوده قیم معزول خواهد شد».

این تکلیف در واقع شاخه‌ای از وظیفهٔ حفاظت اموال محجور است. با وجود این، بی‌اعتنایی به انجام این وظیفه، هر چند به عمد باشد، صفت امانت قیم را از بین نمی‌برد و او را در زمرهٔ غاصبان در نمی‌آورد. به همین جهت، قانونگذار تنها او را مسؤول زیانی قرار می‌دهد«... که از این حیث به مولی علیه وارد شود». این حکم، تحلیلی را که در بارهٔ اعادهٔ وصف امانت به قیم ارائه شد تأیید می‌کند. زیرا، فرض این است که قیم پس از

ارتکاب تقصیر در صورت برداری از اموال (تفریط در نگاهداری) به مقتضای امانت رفتار می‌کند. پس، اگر قانونگذار او را تنها مسؤول نتایج ناشی از این تقصیر قرار دهد، چرا دربارهٔ تفریط‌های دیگر چنین نکند؟

۴۹۵. کوتاهی در بهره‌برداری از اموال:

وظیفهٔ قیم به حفظ و نگاهداری اموال محدود نمی‌شود. گذشته از امین در حفاظت، قیم مدیر دارایی مولی علیه نیز هست. بنابراین، مسؤول عاطل ماندن اموال نیز قرار می‌گیرد و باید خسارات ناشی از کوتاهی خود را در این زمینه جبران کند. برای مثال، اگر قیم ملک محجور را بیهوده رها کند و به اجاره نیز ندهد، امکان دارد به اجرت‌المثل تلف شده به سود او محکوم شود.

قانون امور حسبی، در مورد خاص بهره‌برداری از پول زاید بر نیاز محجور، چگونگی و میزان مسؤولیت قیم را معین کرده است. در مادهٔ ۹۰ می‌خوانیم که: «وجوه زاید از احتیاج صغیر را قیم در صورت امکان نباید بدون سود بگذارد و اگر بیش از شش ماه بدون سودگذاشت مسئول تأدیهٔ خسارت تأخیر تأدیه خواهد بود»

این ماده، در عین حال که حاوی قاعدهٔ ویژه‌ای در بارهٔ پول نقد است، یکی از مصداق‌های قاعدهٔ عمومی است که به موجب آن قیم مسؤول کوتاهی خود در بهره‌برداری از اموال محجور است.

۴۹۶. بهره‌برداری از اموال به سود خود:

هرگاه قیم به سود خود از اموال محجور استفاده کند، مانند این که اتومبیل او را به رایگان سوار شود یا در خانهٔ محجور بنشیند یا از پول او برای دادن وام‌های خود استفاده ببرد، دیگر نباید او را در این اقدام نمایندهٔ قانونی و مدیر دارایی مولی علیه شمرد. قیمی که به سود خود کار می‌کند، در دید قانون در حکم غاصب است و بنابراین مسؤول تلف عین و منافع اموال است، هر چند که بین خیانت او و ورود خسارت رابطه‌ای نباشد(ش ۴۸۲).

گذشته از مسؤولیت مدنی غاصب، قیم ممکن است به جرم «خیانت در امانت»

تعقیب شود و از نظر کیفری نیز مسؤول قرار گیرد.

قانون امور حسبی این قاعده را در یکی از شایع‌ترین مصداق‌های آن، یعنی تصرف در پول محجور، اعمال کرده است و در مادهٔ ۹۳ مقرر می‌دارد: «هرگاه قیم در پول محجور به سود خود تصرف نماید، از تاریخ تصرف مسؤول خسارت تأخیر تأدیه میباشد». در این فرض، نمایندهٔ محجور در برابر قیم خیانتکار از اثبات ورود ضرر معاف است و حق دارد مطابق نرخ رسمی خسارت تأخیر تأدیه خسارت بگیرد.

۴۹۷. مسؤولیت قیم در انجام اعمال بر خلاف مصلحت مولی علیه

در بارهٔ سرنوشت این گونه اعمال پیش از این توضیح داده شد (ش ۴۸۹). در این جا باید افزود که، هرگاه قیم در انجام اعمال حقوقی که برای مولی علیه واقع می‌شود مرتکب تقصیر گردد، مسؤول جبران زیانی است که از این رهگذر به محجور می‌رسد، خواه عمل حقوقی انجام شده فضولی و غیر نافذ محسوب شود یا محجور را پای بند کند. بی‌گمان، در مورد قراردادهایی که محجور را در برابر دیگران پای بند می‌کند، این مسؤولیت سنگین‌تر است، زیرا عدم نفوذ قرارداد از ورود زیان به محجور می‌کاهد ولی، در صورت عدم نفوذ عمل حقوقی نیز در مسؤولیت قیم تردید نباید کرد.

همچنین، هرگاه قیم دعوای نابجایی برای مولی علیه اقامه کند یا دفاع نادرستی در برابر دعاوی اقامه شدهٔ بر او نماید، چندان‌که آشکارا سست و به زیان محجور باشد، مسؤول زیان‌های ناشی از این اقدام است و، برای مثال، هزینهٔ دادرسی دعوای نابجا را خود باید بپردازد.[1]

سرمایه‌گذاری در زمینه‌هایی که خطرهای آشکار دارد و اموال مولی علیه را در معرض تلف و تضییع قرار می‌دهد یا صرف هزینه‌های گزاف و بیهودهٔ تبلیغاتی یا قبول نسنجیدهٔ براتی که بر عهدهٔ محجور صادر شده است، از تقصیرهای شایعی است که در ادارهٔ اموال و انجام اعمال حقوقی زیانبار رخ می‌دهد و باعث مسؤولیت قیم می‌شود.

می‌دانیم که قیم می‌تواند برای اجرای وظایفی که به عهده دارد دیگران را اجیر کند یا

۱. پلنیول و ریپر، ج ۱ به‌وسیلهٔ ساواتیه، ش ۴۹۸.

وکیل بگیرد. انتخاب وکیلی که به فساد و خیانت شهرت دارد یا از حیث داشتن وصف امانت ناشناخته است و استخدام کارگر بی تجربه از دیگر تقصیرهایی است که ضمن انجام اعمال حقوقی رخ می‌دهد و بر خلاف مصلحت مولی علیه است.

۴۹۸. مسؤولیت قیم در برابر اشخاص ثالث :

در بارهٔ مسؤولیت قیم نسبت به خساراتی که صغیر یا مجنون به دیگران می‌زنند، مادهٔ ۷ قانون مسؤولیت مدنی قواعدی دارد که شرح آن در توضیح تقصیر در مواظبت از محجور گذشت (ش ۴۸۳). ولی، باید توجه داشت که مسؤولیت قیم تنها محدود به ضمان او از فعل مولی علیه نمی‌شود و دامنه‌ای گسترده‌تر دارد:[1]

هرگاه قیم در جریان ادارهٔ اموال مرتکب تقصیری شود که به دیگران ضرر بزنند و محجور در آن دخالت نداشته باشد[2] خود به تنهایی مسؤول است و قواعد مادهٔ ۷ق.م.م. در این فرض مصداق ندارد. قیم را نمی‌توان به منزلهٔ کارگر محجور دانست و مولی علیه هیچ نفوذ و اقتداری در بارهٔ قیم ندارد تا بتوان او را مسؤول شناخت. با وجود این، هرگاه در نتیجهٔ تقصیر قیم استفادهٔ ناروایی از اموال دیگران کرده باشد، باید آن را بازگرداند و از این جهت ممکن است طرف دعوا قرار گیرد.برای مثال، اگر در جریان کشاورزی و بهره‌برداری از ملک محجور قیم بخشی از مزرعهٔ همسایه را نیز بکارد و محصول آن را در شمار اموال محجور بفروشد، مسؤولیت مدنی این کار ناشایسته به عهدهٔ خود او است، ولی محجور نیز باید آن‌چه را از این رهگذر به دست آورده است به همسایه بازگرداند.[3]

اگر قیم در مقام اجرای تعهدهای مولی علیه مرتکب تقصیر قراردادی شود و به گونه‌ای نقض عهد کند، از نظر ارتباط قراردادی، مولی علیه مسؤول خسارت ناشی از

۱. همان کتاب، ش ۵۰۰

۲. همان کتاب، ش ۵۰۰

۳. در بارهٔ مفهوم و قلمرو «استفادهٔ بدون جهت» وتفاوت آن با «مسؤولیت مدنی»، رک: همین دوره از حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ج ۲، مسؤولیت‌های خاص و مختلط، ش ۶۶۸ به بعد.

عدم انجام تعهد است. ولی، از آن‌جا که این خسارت در نتیجهٔ تقصیر قیم به بار آمده است، او ضامن جبران خسارت است و ملاک مادهٔ ۷ ق.م.م. نیز می‌تواند در توجیه دعوای مستقیم طرف قرارداد بر او مورد استفاده قرار گیرد.[۱]

بر عکس، در مورد قراردادهای نادرستی که قیم به نمایندگی محجور با دیگران بسته است، مسؤول خسارت ناشی از ابطال آن قراردادها نیست، خواه دعوای ابطال را محجور اقامه کرده باشد یا خود قیم. زیرا، کسانی که با قیم طرف قرارداد می‌شوند باید حدود صلاحیت و اختیار او را احراز کنند و خود مسؤول تجاوز به قواعد حجر و قیمومت هستند و نمی‌توانند ضرری را که در نتیجهٔ «اقدام» خود برده‌اند از قیم بخواهند.

با وجود این، اگر قیم طرف قرارداد را به حیله نسبت به اختیار خود فریب داده باشد، از این جهت ضامن خسارات ناشی از این تقلب است. همچنین، در موردی که قیم، ضمن قرارداد فضولی با دیگران، تصویب و اجازهٔ آن را به وسیلهٔ دادستان یا محجور تضمین کرده است (تعهد به فعل ثالث)، هرگاه از عهده برنیاید و نتواند وسیلهٔ تنفیذ قرارداد را فراهم آورد، مسؤول زیان ناشی از انجام ندادن این تعهد است.

در فرضی که قیم کودکی را به مؤسسه تعلیماتی (مانند کودکستان) می‌سپارد، ضامن پرداخت هزینه‌های مورد توافق است. پس، هرگاه دارایی کودک و هزینهٔ سالانه‌ای که دادستان تعیین کرده است کافی برای پرداخت هزینهٔ کودکستان نباشد، قیم خود مسؤول پرداختن آن است، زیرا به هنگام سپردن کودک به طور ضمنی مخارج تعلیم و نگاهداری او را تضمین می‌کند.[۲]

۴۹۹. مسؤولیت تضامنی قیم‌ها:

در موردی که چند قیم برای ادارهٔ دارایی محجور معین شده است، اگر تعدی و تفریط با شرکت همه صورت پذیرد (مانند این‌که قیمومت به اجتماع باشد و تصمیم جمعی قیّمان تقصیر به شمار آید)، ممکن است برای تقسیم مسؤولیت، یکی از این چند

۱. پلنیول و ریپر و ساواتیه، همان کتاب.
۲. دادگاه صلح ناحیهٔ پاریس، ۶ مارس ۱۹۳۶: دالوز هفتگی ۱۹۳۶، ۲۳۲.

راه پذیرفته شود:[1]

۱ـ مسؤولیت هر یک از قیمان به تناسب مداخلهٔ او در تعدی و تفریط نسبت به اموال محجور؛

۲ـ مسؤولیت برابر همهٔ قیم‌ها در برابر محجور، بدون توجه بـه میزان و چگونگی دخالت آنان در تقصیر؛

۳ـ مسؤولیت تضامنی قیم‌ها در برابر محجور، به گونه‌ای که بتوان همهٔ خسارات را از هر کدام مطالبه کرد.

مادهٔ ۹۴ ق.ا.ح. راه حل اخیر را برگزیده است و در بارهٔ تقسیم مسؤولیت می‌گوید: **«در صورتی که قیم متعدد بوده و با شرکت یکدیگر در اموال محجور تعدی یا تفریط نمایند، هر یک از آنها مسؤولیت تضامنی دارند و اگر بعضی از قیمین بدون شرکت دیگران تعدی یا تفریط در اموال محجور نمایند، مسؤولیت متوجه به کسی خواهد بود که تعدی یا تفریط کرده است».** بنابراین، شرط مسؤولیت تضامنی قیم‌ها شرکت در تعدی و تفریط است نه عضو بودن در هیأت قیمان. همین حکم جاری است در موردی که قیم با شـرکت یک چندتن از ناظران دست به خیانت یا تفریط می‌زند یا همدست با بیگانگان می‌شود. زیرا، هدف قانونگذار ایجاد تضمین به سود محجور است و این انگیزه در هـمهٔ صـورت‌ها وجود دارد.

ولی، آن‌چه در قانون امور حسبی بی پاسخ مانده این است که توزیع نهایی مسؤولیت بین قیم‌ها چگونه باید انجام پذیرد؟ توضیح آنکه، معنی مسؤولیت تضامنی این است که همهٔ خسارات را می‌توان از هریک از قیمان شرکت کننده در تعدی و تفریط مطالبه کرد. انتخاب کسی که باید طرف دعوا قرار بگیرد با نمایندهٔ محجور است. ولی، آیا اشتراک در ضمان بدین معنی است که برگزیدهٔ نمایندهٔ محجور باید عهده‌دار تمام خسارت شود یا او نیز به نوبهٔ خود می‌تواند، به دیگر قیم‌ها برای سهمی که در ورود ضـرر داشتـه‌انـد، رجوع کند؟ و بر فرض که چنین باشد، در توزیع نهایی مسؤولیت سهم هر کدام چه اندازه است و بر چه مبنایی تعیین می‌شود؟

۱. در بارهٔ مبانی این راه‌حل‌ها، رک: همین دوره از حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، ش ۲۵۵.

در پاسخ پرسش نخست، باید گفت که مسؤولیت تضامنی در برابر محجور مانع از توزیع مسؤولیت بین مقصران نیست؛ چنان‌که در مورد غاصبان (مواد ۳۱۸ به بعد ق.م.) و در مسؤولیت کارگران (مادهٔ ۱۴ ق.م.م.) و در مادهٔ ۱۶۵ قانون دریائی پذیرمنه شده است. مطابق قواعد عمومی، هیچ کس مسؤول عمل دیگری نیست و هر کس خود باید مکافات عمل خویش را ببیند، مگر این که در قانون خلاف آن تصریح شده باشد. به بیان دیگر، مسؤولیت نسبت به فعل غیر، امری استثنایی است که تنها در حدود قانون رعایت می‌شود. پس، نمی‌توان همهٔ مسؤولیت کاری را که چند تن به اشتراک انجام داده‌اند بر عهدهٔ یکی از آنان گذارد.

ولی، در نمونه‌های تصریح شدهٔ در قوانین نیز شیوه‌های گوناگونی در توزیع مسؤولیت بین متضامنان برگزیده شده است. به نظر می‌رسد که قاعدهٔ عمومی حکم مادهٔ ۳۶۵ قانون مجازات اسلامی باشد که به موجب آن: «هرگاه چند نفر با هم سبب آسیب یا خسارتی شوند به طور تساوی عهده‌دار خسارت خواهند بود».

از لحاظ نظری، حکم مادهٔ ۱۴ قانون مسؤولیت مدنی، که میزان مسؤولیت را با توجه به نحوهٔ مداخلهٔ هر یک از مسؤولان معین می‌کند، رجحان دارد. لیکن، باید دانست که تمیز نسبت مداخله در غالب موارد دشوار است و چه بهتر که بار مسؤولیت زیانی را که همه به اشتراک سبب شده‌اند به طور مساوی بر دوش کشند.

۵۰۰. مسؤولیت مقام‌های قضایی:

در نظام حقوقی ما، نظارت بر اعمال قیم با دادستان است. این مقام قضایی است که صورت اموال را از قیم می‌گیرد و هزینهٔ سالانهٔ محجور را تعیین می‌کند و تقصیر قیم را به دادگاه اطلاع می‌دهد. به اضافه، تصویب بسیاری از معامله‌های مهم و خطرناکی که قیم به نمایندگی مولی علیه انجام می‌دهد با دادستان است: یعنی، نظارت اطلاعی و تصویبی هر دو را داراست. گاه نیز ادارهٔ اموال را به طور مستقیم بر عهده می‌گیرد؛ چنان که در مادهٔ ۸۸ قانون امور حسبی آمده است که: «**در صورت فوت قیم، ورثهٔ کبیر او اگرباشند مکلف هستند به دادستان اطلاع دهند و مادام که قیم جدید معین نشده حفظ و نظارت در اموال**

صغار و مجانین و اشخاص غیر رشید که قیم آنها فوت شده به‌عهدهٔ دادستان خواهد بود».
این قاعده در مورد عزل قیم و به طور کلی هر جا که محجوری بی قیم باشد اجرا می‌شود(مادهٔ ۹۰ و ۳۶۸ ق.ا.ح.) و دادستان ادارهٔ اموال و مواظبت از محجور را به عهده می‌گیرد.

دادگاه خانواده نیز عزل و نصب قیم را به عهده دارد و حدود اختیار صلاحیت او را در چهارچوب قوانین معین می‌سازد.

بنابراین، احتمال دارد که مقام قضایی، و به ویژهٔ دادستان، به عمد یا از روی اشتباه مرتکب کار ناشایسته‌ای شود که باعث خسارت محجور است. در این فرض، جبران چنین خسارتی را از چه مقامی باید مطالبه کرد؟ از مقام قضایی یا از دولت؟

اصل ۱۷۱ قانون اساسی در مورد مسؤولیت قاضی اعلام می‌کند: «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیلهٔ دولت جبران می‌شود، و در هر حال از متهم اعادهٔ حیثیت می‌گردد»[1]. به موجب این اصل، در مواردی که قاضی دادگاه به عمد یا در اثر بی‌مبالاتی مرتکب ورود ضرر به محجور شود، خود ضامن است و نتیجهٔ تقصیر او را بر دولت نمی‌توان نهاد. مادهٔ ۱۱ قانون مسؤولیت مدنی نیز همین اصل را در مورد کارکنان دولت اعمال می‌کند[2]. پس، در مورد مسؤولیت شخصی کارمند بین اعمال قضایی دادگاه و کارهای اداری و امور حسبی دادستان تفاوتی وجود ندارد.

بر عکس، جایی که اشتباهی رخ داده است و آن را به تقصیر دادرس نمی‌توان مربوط کرد(مانند فرضی که دادرس در حدود عرف قضایی برای یافتن حکم یا واقعیت موضوع تلاش می‌کند و با وجود این به واقع نمی‌رسد)، اصل ۱۷۱ دولت را مسؤول جبران خسارت می‌داند. در توجیه مبنای این حکم می‌توان گفت، فرض این است که اشتباه

۱. در مورد مبانی فقهی این اصل، رک: همین دوره از حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، قرائت و تمرین (۶).
۲. همین دوره از حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، ش ۱۹۰.

قاضی و ورود خسارت در نتیجهٔ نقص تشکیلات و بی مبالاتی دولت در انتخاب دادرس بوده است و، چون هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند، زیان ناروای محجور را باید دولت جبران کند: یعنی، با این که ورود خسارت مستند به فعل قاضی است، از آن‌جا که دولت در این اضرار دخالت مؤثرتر داشته است، جبران ضرر به عهدهٔ سبب اقوا است نه مباشر (مادهٔ ۳۳۲ ق.م.).

این قاعده را، که ویژهٔ تصمیم‌های قضایی دادرسان دادگاه است، به دشواری می‌توان در مورد تصمیم‌های دادستان نسبت به نظارت در کار قیم اجرا کرد. در تصمیم‌های اداری بند ۴ مادهٔ ۱۱ قانون مسؤولیت مدنی حکومت دارد که به موجب آن: «... هرگاه خسارت وارده مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسائل ادارات و مؤسسات مزبور باشد، در این صورت جبران خسارت بر عهدهٔ اداره یا مؤسسات مربوطه است....».

تفاوت دو حکم در این است که، بر طبق اصل ۱۷۱ قانون اساسی، اقدام اشتباه‌آمیز دادستان را دولت باید جبران کند، در حالی که خسارت ناشی از اشتباه نیز مستند به عمل دادستان است و مفاد بند ۴ مانع از معاف شدن او از مسؤولیت می‌شود. با وجود این، چون در این گونه خطاها کم و بیش نقص تشکیلات و وسائل اداری نیز مؤثر است، رویهٔ قضایی می‌تواند دخالت دولت را قوی‌تر از مباشرت دادستان بداند یا تقصیر اداری و شخصی را با هم جمع کند و دولت را نیز مسؤول ضرر محجور شناسد. بدین ترتیب، دو حکم قانون اساسی و قانون مسؤولیت مدنی به هم نزدیک می‌شود[1].

در بند ۲ و ۳ مادهٔ ۴۷۳ قانون مدنی فرانسه، دولت مسؤول تمام خساراتی است که از تقصیر دادرس قیمومت یا دفتر او به کودک مولی علیه می‌رسد. در این قانون، مسؤولیت دولت به طور کامل جانشین مسؤولیت دادرس و دفتر او می‌شود و صغیر نمی‌تواند از قاضی خسارت بخواهد. منتها، در صورتی که قاضی تقصیر داشته باشد، دولت می‌تواند به او رجوع کند.[2]

۱. همین دوره از حقوق مدنی، مسؤولیت مدنی، ج ۱، قواعد عمومی، ش ۱۹۰ به بعد.
۲. شورای دولتی فرانسه، ۲۸ ژوییه ۱۹۵۱ : دالوز ۱۹۵۱، ۶۲۳ ـ مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش ۲ خانواده، ش ۱۳۱۵ .

گفتار سوم: پایان قیمومت

۵۰۱. تحریر موضوع بحث :

مقصود از این گفتار طرح عواملی است که قیمومت شخص معین را بر محجور پایان می‌بخشد و به طور معمول باعث تغییر قیم می‌گردد: چنین فرض می‌شود که برای سرپرستی از محجور ضرورت نصب قیم احساس شده است. پس، باید دید ۱) قیم چگونه نصب می‌شود و قیمومت را آغاز می‌کند ۲) در دوران قیمومت چگونه این ولایت اجرا می‌شود ۳) درچه موارد و چگونه قیمومت او پایان می‌پذیرد؟

بنابراین، طرح اسبابی که قیمومت را به کلی بیهوده می‌کند از بحث ما بیرون است. برای مثال، کودکی به سن بلوغ می‌رسد و رشید می‌شود؛ دیوانه‌ای درمان‌پذیر بهبود می‌یابد و عقل از دست رفته را باز می‌یابد؛ سفیهی می‌میرد و اموال او به بازماندگانش می‌رسد. این اسباب نیز به قیمومت پایان می‌بخشد، ولی از بحث ما بیرون است. به بیان دیگر، در این گفتار تنها عوامل دگرگونی در وضع قیم و تغییر سمت و پایان وظایف و اختیار او را مطرح می‌سازیم و مسائل مربوط به رفع حجر را، که باعث پایان قیمومت نیز می‌شود، به محل خود وامی‌گذاریم.

۵۰۲. تقسیم مطالب:

مسائل مربوط به پایان قیمومت را ضمن دو بخش جداگانه مطرح می‌سازیم:

۱. اسبابی که باعث پایان قیمومت می‌شود و سمت قیم را از بین می‌برد: فوت، استعفاء و عزل قیم سه عامل مهم پایان بخشیدن به قیمومت است که از آن میان «عزل قیم» اهمیت بیشتری دارد.

۲. مسائل مربوط به دوران انتقال قیمومت و تکالیفی که بر عهدهٔ قیم پیشین و گاه بازماندگان او می‌گذارد:

الف : اسباب پایان قیمومت

۵۰۳. فوت و حجر قیم:

سمت قیمومت منصبی شخصی است که با توجه به امانت وگاه تخصص و نسبت قیم با مولی علیه به او تفویض می‌شود. پس، بی‌گمان این سمت به میراث نمی‌رسد و با فوت قیم پایان می‌پذیرد. و انگهی، قیمومت نوعی نمایندگی است و قواعد وکالت در بارهٔ انحلال آن رعایت می‌شود و می‌دانیم که وکالت به فوت وکیل منحل می‌گردد(بند ۳ مادهٔ ۶۷۸ ق.م.).

مادهٔ ۸۹ق.ا.ح. بر مبنای پایان یافتن قیمومت مقرر می‌دارد که: «در صورت فوت قیم، ورثهٔ کبیر او اگر باشند مکلف هستند به دادستان اطلاع دهند و مادام که قیم جدید معین نشده حفظ و نظارت در اموال صغار و مجانین و اشخاص غیر رشید که قیم آنها فوت شده به عهدهٔ دادستان خواهد بود».

حجر قیم نیز مانند فوت او باعث پایان یافتن قیمومت می‌شود. قیم، بدون این که نیاز به حکم دادگاه باشد، از سمت خود منعزل است و دادگاه تنها می‌تواند این انعزال را اعلام کند. مادهٔ ۱۲۴۹ ق.م. در این زمینه اعلام می‌کند که: **«اگر قیم مجنون یا فاقد رشد گردد منعزل می‌شود»** بنابراین، حکم دادگاه در بارهٔ رفع اختلاف نسبت به حجر قیم و پایان گرفتن سمت او جنبهٔ اعلامی دارد و مانند حکم عزل نهادی را تأسیس نمی‌کند. به همین جهت، قاعده‌ای که به موجب آن «اقدام پیش از ابلاغ حکم عزل به او نافذ است» در مورد انعزال اجرا نمی‌شود و با ظهور حجر سمت قیمومت نیز خود به خود از بین می‌رود.

۵۰۴. استعفای قیم:

در قوانین ما نسبت به استعفای قیم حکمی وجود ندارد. ولی، از آنجا که پذیرفتن قیمومت اختیاری است، ادامهٔ آن نیز به اجبار امکان ندارد. وانگهی، قیمومت نوعی نمایندگی است که به حکم دادگاه ایجاد می‌شود. این نمایندگی از نظر اصول تابع قواعد عمومی وکالت است، مگر این که با طبیعت ویژهٔ آن منافات داشته باشد یا قانون حکم

خاصی بکند.[1] پس، در نخستین نگاه، همان‌گونه که وکالت به استعفای وکیل پایان می‌پذیرد (بند ۲ مادهٔ ۶۷۸ ق.م.)، می‌توان گفت قیمومت نیز از بین می‌رود.

با وجود این، چون نمایندگی قیم نوعی سمت عمومی است که به حکم دادگاه به او تفویض می‌شود تا بدین وسیله از محجور حمایت لازم بشود، به نظر می‌رسد که پایان قیمومت موکول به قبول این استعفا از سوی دادگاه باشد. آن‌چه در این گونه سمت‌ها بیش از هرچیز اهمیت دارد حمایت از محجور و رعایت صلاح و غبطهٔ او است. این مصلحت با آزادی کامل قیم در استعفا به خطر می‌افتد. زیرا، احتمال دارد قیم استعفا دهد و اداره را رها کند و دادگاه نیز به هنگام از آن آگاه نشود یا نتواند بی‌درنگ اداره را به دادستان یا قیم دیگری واگذار کند. در نتیجه، محجور، بی سرپرست می‌ماند و طعمهٔ آماده‌ای است برای فرصت‌طلبان. این احتمال نیز وجود دارد که محجور ندانسته به زیان خود اقدام کند و اموال خویش را از بین ببرد.

تمایل قانونگذار به محدود ساختن آزادی قیم از احکام مربوط به تولیت و وصایت نیز به خوبی بر می‌آید: در مادهٔ ۷۶ ق.م. آمده است: «کسی که واقف او را متولی قرار داده می‌تواند بدواً تولیت را قبول یا رد کند و اگر قبول کرد دیگر نمی‌تواند رد نماید...»[2]. در وصایت نیز می‌خوانیم: «.. وصی می‌تواند مادام که موصی زنده است وصایت را رد کند و اگر قبل از فوت موصی رد نکرد بعد از آن حق رد ندارد، اگرچه جاهل بر وصایت بوده باشد» (مادهٔ ۸۳۴ ق.م.)

اجباری بودن وصایت و تولیت (بعد از قبول) بدین خاطر است که دیگر واقف و موصی فرصت و امکان تعیین نمایندهٔ دیگر را ندارند و این حکمت در قیمومت وجود ندارد. وانگهی، اجبار شخص به ادامهٔ قیمومت نیز مخالف با آزادی فردی است و نیاز به حکم خاص قانون دارد، ولی تمایل بر محدود کردن آزادی قیم و حکومت مصلحت محجور بر این آزادی از مبانی آن احکام ظاهر می‌شود.

در حقوق فرانسه نیز قیم در صورتی از قیمومت معاف می‌شود که، به دلیل پیری یا

۱. مادهٔ ۱۲۳ ق.اح. در مورد شباهت وکیل و امین بر همین مبنا است.
۲. همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۲، ش ۳۰۱.

بیماری یا دوری محل سکونت یا اشتغال‌های خانوادگی و شغلی و وظایف قیمومت قبلی دیگر، انجام وظیفه برای او سنگین و دشوار باشد(مواد ۴۲۸ و ۴۲۹ ق.م.)[1]. این استعفا باید مورد قبول دادگاه و شورای خانواده قرار گیرد و تا زمانی که پذیرفته نشده است قیم باید به وظایف خود در ادارهٔ امور محجور ادامه دهد (مادهٔ ۴۴۰ همان قانون)[2] در مادهٔ ۴۲۷ نیز به صراحت قیمومت و حمایت لازم از کودک در شمار وظیفه‌های عمومی اعلام شده است.

بنابراین، هرگاه قیم پس از استعفا سمت خود را رها کند و محجور را بی سرپرست گذارد، مسؤول زیانی است که در نتیجهٔ آن و پیش از قبول استعفا از طرف دادگاه به شخص محجور یا دارایی او وارد می‌شود. مادهٔ ۹۲ ق.ا. ح. در بارهٔ مسؤولیت حفاظت مقرر می‌دارد: «**بعد از زوال قیمومت، قیم مسئول حفظ اموال محجور است تا به تصرف شخصی که باید تصرف نماید بدهد**» و با تحلیلی که از سمت قیم شد، مسؤولیت خودداری از اداره را نیز باید بر آن افزود.

۵۰۵. عزل قیم: موارد اجباری و اختیاری:

موارد عزل قیم را به دو دسته می‌توان تقسیم کرد:

۱. مواردی که عزل قیم اجباری است و دادگاه نمی‌تواند از آن بگذرد یا راه حل دیگری را جانشین آن کند.

۲. مواردی که، در صورت تحقق، دادستان اختیار درخواست عزل قیم را پیدا می‌کند، ولی اجباری در استفاده از این راه حل ندارد.

گروه نخست ناظر به مواردی است که قیم وصف امانت را از دست می‌دهد یا مرتکب جرم یا عملی می‌شود که در نظر قانونگذار نشانهٔ خیانت یا فقدن وصف امانت یا بی لیاقتی قیم است؛ اوصافی که در قیم استقرار یافته و صلاحیت او را در ولایت بر محجور از بین می‌برد. در این موارد، به مصلحت محجور وجامعه نیست که چنین

۱. مازو، همان کتاب، ش ۱۳۲۱.
۲. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۶۸۸.

شخصی عهده‌دار قیمومت شود.

بر عکس، گروه دوم جایی اعمال می‌شود که قیم مرتکب خلافی می‌شود و قانونگذار حربهٔ عزل را به مقام عمومی می‌سپارد تا ضمانت اجرای وظیفه‌های قیم باشد.

۵۰۶. موارد اجباری عزل:

مادهٔ ۱۲۴۸ ق.م. موارد اجباری عزل قیم را بدین شرح معین می‌کند:

۱. اگر معلوم شود که قیم فاقد صفت امانت بوده یا این صفت از او سلب شود، امانت را باید به شخصی سپرد که صلاحیت این اعتماد عمومی را داشته باشد. پس، اگر معلوم شود که از آغاز نیز قیم چنین صلاحیتی را دارا نبوده است یا در جریان ادارهٔ امور محجور وسوسه شود و به خیانتی آلوده گردد که امین از آن پرهیز می‌کند، دادگاه بایستی او را معزول کند. منتها، باید توجه داشت که چگونگی و شمارهٔ کارهای خلاف قیم باید چنان باشد که نشانهٔ زوال وصف امانت باشد، به عنوان ملکه نه عارضه. زیرا، هیچ انسانی مصون از خطا نیست و لغزش‌های موقت و استثنایی را نباید از موجبات عزل قیم شمرد.

۲. اگر قیم مرتکب جنایت و یا مرتکب یکی از جنحه‌های ذیل شده و به موجب حکم قطعی محکوم گردد: سرقت، خیانت در امانت، کلاهبرداری، اختلاس، هتک ناموس، منافیات عفت، جنحه نسبت به اطفال، ورشکستگی به تقصیر یا تقلب.

پس از اصلاح قوانین کیفری تقسیم مرسوم جرم به جنحه و جنایت و خلاف بر هم خورده است.

در حقوق جزای اسلامی، جرائم بر مبنای کیفر آنها به چهار گروه: ۱) حدود ۲) قصاص ۳) دیات ۴) تعزیرات تقسیم شده است. مادهٔ ۱۲ قانون مجازات اسلامی نیز مجازاتها را به پنج گروه تقسیم کرده است: ۱. حدود ۲. قصاص ۳. دیات ۴. تعزیرات ۵. مجازاتهای بازدارنده. بنابراین باید دید کدام بخش از این جرائم در حکم جنایت است و از موجبات عزل قیم به شمار می‌آید؟[1]

۱. در قانون آیین دارسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸، تقسیم‌های دیگری برای ←

بی‌مبالاتی قانونگذار بر دشواری پاسخ این سؤال افزوده است: در قانون آئین دادرسی کیفری، اصلاح سال ۶۱ از مادهٔ ۱۹۲ آغاز شده و مواد پیش از آن و از جمله مواد ۱۸۱ تا ۱۸۴ که تقسیم جرایم به جنایت و جنحه و خلاف را پیش‌بینی کرده بود، همچنان باقی مانده و این فکر را ایجاد می‌کرد که قانونگذار آن تقسیم را در کنار تقسیم جدید (حدود، قصاص، دیات، تعزیرات) حفظ کرده است. به ویژه، باقی گذاردن موادی مانند ۱۲۳۱ و ۱۳۴۸ در اصلاح قانون مدنی (۶۱/۱۰/۸) احتمال باقی ماندن آن را تقویت و تأیید می‌کرد. از سوی دیگر، در اصلاح مادهٔ ۷ قانون مجازات عمومی که جرایم را به جنایت و جنحه و خلاف تقسیم کرده بود، مادهٔ ۱۲ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «مجازاتهای مقرر در این قانون پنج قسم است: ۱ـ حدود ۲ـ قصاص ۳ـ دیات ۴ـ تعزیرات ۵ـ مجازاتهای بازدارنده» و این شیوهٔ انشاء نشان می‌دهد که از این پس مبنای تقسیم نظام جدیداسلامی است.

با وجود این، به نظر می‌رسد که دو تقسیم تعارضی با هم ندارد؛ هر کدام به اعتبار ویژه‌ای است و می‌تواند درکنار هم حفظ شود: تقسیم جرایم به جنایت و جنحه و خلاف به اعتبار شدت و ضعف مجازات است و تقسیم جدید بر حسب نوع آنها. درست است که در حقوق جزای کنونی مبنای اصطلاح‌ها و آثار کیفری تقسیم جرایم بر حسب نوع آنها است. لیکن، تقسیمی که بر مبنای شدت و ضعف مجازات انجام شده است، به لحاظ آثار مهمی که در سایر احکام دارد، باقی می‌ماند.

نویسندگان قانون مدنی نیز به همین تقسیم نظر داشته‌اند و می‌خواسته‌اند تا قیمی را که مرتکب جرمی مهم شده از سرپرستی محجور برکنار سازند، در حالی که در تقسیم جدید اهمیت جرم و شدت و ضعف مجازات مبنا قرار نگرفته است. پس، بی‌گمان نمی‌توان گفت حدود یا قصاص به جای جنایت نشسته و همان وصف را دارد.

اگر در قانون جدید مفهوم و وصف تازه‌ای برای نهاد قدیمی معین شود، باید آن نهاد را تابع وصف تازهٔ خود قرارداد. برای مثال، هرگاه معلوم شود که در قوانین جدید تنها به

← جرائم آمده است که حکم به مفهوم مورد نظر ما نمی‌کند. تقسیم جرائم به حدود و قصاص و دیات و تعزیرات از مبانی اصلی تقسیم جرائم در حقوق اسلامی است که در قوانین کیفری تکرار می‌شود.

«قتل» جنایت گفته می‌شود، باید از آن پیروی کرد و نمی‌توان گفت، چون قانونگذار در آن زمان به مجازات حبس بیش از سه سال نظر داشته است، اکنون نیز باید از همان نظر پیروی کرد. ولی، اگر جنایت مفهوم تازه‌ای در قوانین نیابد، به همان مفهوم پیشین خود تعبیر می‌شود، هر چند که تقسیم دیگری در قوانین جزایی عنوان گردد.

بدین ترتیب، تمام جرائمی که مجازات آنها اعدام یا حبس دایم یا حبس از ۳ تا ۱۵ سال یا ۲ سال تا ده سال زندان باشد، در زمرهٔ جنایت است و جزاهای نقدی به هر میزان که باشد، و حبس‌های ۶۱ روز تا سه سال در آن گروه نمی‌آید.[1]

ولی، این تحلیل تمام اشکال را رفع نمی‌کند. زیرا در قوانین مجازات اسلامی کیفرهایی پیش بینی شده که در قوانین گذشته سابقه نداشته است. برای مثال، قصاص اعضاء یا دیه یا شلاق را باید در زمرهٔ کیفرهای جنایی آورد و جرمی را که این مجازات‌ها را دارد «جنایت» شمرد؟

مادهٔ ۱۸۲ قانون آئین دادرسی کیفری پیشین، جزای جنایت را «ترهیبی و ترذیلی» یا «ترذیلی» معین کرده بود. ولی، این دو اصطلاح مبهم نیز معیار روشنی به دست نمی‌داد، چرا که به درستی معلوم نبود چه کیفری را باید ترهیبی یا ترذیلی شمرد. همچنین، در مادهٔ ۲۲۴ قانون اصلاح موادی از قانون آئین دادرسی کیفری آمده بود: «در جرائم مهم لازمست قبل از محاکمه تحقیقات مقدماتی و بازپرسی بعمل آید...» و چون پیش از آن تحقیق در امور جنایی به بازپرس داده می‌شد (تبصرهٔ ۳ ق.آ.د.ک.)، می‌توان گفت جرائم مهم را جنایت می‌گویند. لیکن، از این نتیجهٔ بدیهی نیز ضابطه‌ای بدست نمی‌آید که «جرم مهم» کدام است؟

در مادهٔ ۲۳۲ آئین دادرسی مصوب ۱۳۷۸ بر پایهٔ قابلیت تجدید نظر جرائم را به شش طبقه تقسیم کرده است بدین شرح:

الف ـ جرائمی که مجازات قانونی آنها اعدام یا رجم است.

۱. در حقوق کیفری، ضابطهٔ «میزان حبس» نیز خود باعث اشکال‌هایی می‌شود که باید در کتابهای حقوق کیفری دید: دکتر عبدالحسین علی آبادی، حقوق جنایی و قوانین جزایی تطبیقی، ج ۱، ص ۷۹ به بعد. برای مثال، اگر حداقل کیفر جرمی کمتر از دو سال و حداکثر آن بیش از ۱۰ سال باشد جنایت است یا جنحه؟

ب ـ جرائمی که به موجب قانون مشمول حد یا قصاص نفس و اطراف می‌باشد.
ج ـ ضبط اموال بیش از یک میلیون ریال و مصادرهٔ اموال.
د ـ جرائمی که طبق قانون مستلزم پرداخت دیه بیش از خمس دیهٔ کامل است.
هـ جرائمی که حداکثر مجازات قانونی آنها بیش از سه ماه حبس یا شلاق یا جزای نقدی بیش از پانصد هزار یال و محکومیت‌های انفصال از خدمت.

مادهٔ ۲۳۳ مرجع تجدیدنظر مجازاتهای اعدام و رجم و قطع عضو و قصاص نفس و اطراف و مصادرهٔ اموال و حبس بیش از ده سال را دیوان کشور معین کرده است. در جرایمی که مجازات حبس در آن‌ها حداقل و اکثر دارد، ملاک میزان حداکثر است که نباید از ده سال زندان کمتر باشد. پس، نه تنها تکلیف جرائمی که در قوانین جدید پیش‌بینی شده است معین می‌شود، در مورد میزان حبس نیز به همان نتیجهٔ سابق می‌رسیم. تنها تفاوت در بارهٔ جزاهای نقدی بیش از ۲۰۰ هزار تومان یا معادل دوپنجم یا بیشتر اموال مجرم است که در قانون مجازات عمومی در زمرهٔ کیفرهای جنایی نبود و اکنون در شمار جرائم مهم درآمده است و به نظر می‌رسد که در این باره بایستی از مفهوم و وصف جدید پیروی کرد و همهٔ جرایمی را که در صلاحیت دادگاه کیفری یک قرار گرفته بود مانع از تصدی قیم و از اسباب عزل اجباری او شمرد.

۳. اگر قیم به علتی غیر از ارتکاب به جنایت یا جنحه‌های خاص محکوم به حبس شود و بدین جهت نتواند امور مالی مولی علیه را اداره کند. ظاهر ماده چنین می‌رساند که برای عزل قیم بر این مبنا سه شرط لازم است:

اول ـ این‌که قیم محکوم به حبس شده باشد؛
دوم ـ مستند حکم حبس ارتکاب به جنایت یا جنحه‌های مقرر در بند ۲ ماده نباشد؛
سوم ـ قیم نتواند امور مالی مولی علیه را اداره کند.

بر مبنای همین ظاهر نیز بعض از استادان حبس در مورد محکومیت سیاسی را مثال آورده‌اند تا در زمرهٔ هیچ یک از جرم‌های پیش‌بینی شده در بند ۲ مادهٔ ۱۲۴۸ ق.م. قرار نگیرد[1].

۱. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۳۰۹.

بدین ترتیب، تفاوت بند ۲و ۳ مادهٔ ۱۲۴۸ در این است که محکوم شدن قیم به ارتکاب جنایت یایکی از جنحه‌های مقرر در بند ۲ از موجبات عزل قیم است، هر چند که موضوع حکم حبس نباشد و مانع از ادارهٔ اموال مالی محجور نشود. ولی، در محکومیت‌های دیگر، این شرایط ضروری است و صدور حکم به پرداخت جزای نقدی و شلاق و دادن دیه‌های سبک باعث عزل قیم نمی‌شود. به بیان دیگر، در بند ۲ فرض بی‌عدالتی و امین نبودن سبب عزل است و در بند ۳ عدم امکان ادارهٔ امور مولی علیه.

با وجود این، باید دانست که در بند ۲ نیز احتمال دارد که فرض عدم امانت و عدم امکان اداره با هم جمع شود، زیرا همین که قیم به زندان محکوم شود و مدت آن به اندازه‌ای باشد که ادارهٔ امور مولی علیه را مختل سازد، برای عزل او کافی است: یعنی، برای اجرای بند ۳ ضرورتی ندارد که جرم مورد استناد مشمول بند ۲ نباشد و باید گفت، وقتی حبس قیم توانایی ادارهٔ اموال محجور را از او بگیرد، باید عزل شود.

آن‌چه بی پاسخ باقی می‌ماند این است که چرا بند ۳ اختصاص به ناتوانی در ادارهٔ امور مالی داده شده است؟ آیا ناتوانی در مواظبت و تربیت مولی علیه مانع ادامهٔ سرپرستی قیم نمی‌شود؟ متن ماده و بند ۵ آن چنین حکایت دارد. با وجود این، چندان بعید و غیر منطقی است که باید از آن گذشت. فرض قانون ناظر به مورد شایعی است که قیم برای ادارهٔ اموال معین شده است، وگرنه جایی که به خطر افتادن تربیت اخلاقی و سلامت طفل بتواند حق حضانت ولی قهری را از بین ببرد، باید گفت به طریق اولی سبب عزل قیم نیز می‌شود.

۴. اگر قیم ورشکسته اعلان شود: مبنای این بند عدم امانت یا ناتوانی قیم در ادارهٔ امور مولی علیه نیست؛ به این دلیل است که ورشکسته نمی‌تواند زیان‌های احتمالی ناشی از تقصیر خود را جبران کند. پس، حمایت از محجور ایجاب می‌کند که تربیت و دارایی او به چنین شخصی سپرده نشود.

۵. اگر عدم لیاقت یا ناتوانی قیم در ادارهٔ اموال مولی علیه معلوم شود، خواه سبب آن حبس باشد یا پیری و بیماری و مانند اینها یا وجود موانع احترازناپذیر، مانند شورش و جنگ و زلزله. این بند نیز به ظاهر به ادارهٔ اموال مولی علیه اختصاص دارد. ولی، چنان‌که

گفته شد، باید آن را در ناتوانی و بی لیاقتی در تربیت و مواظبت نیز رعایت کرد.

۵۰۷. موارد اختیاری عزل:

چنان که گفته شد، در پاره‌ای موارد که از اجرای قواعد مربوط به قیمومت خودداری می‌شود، قانونگذار امکان عزل قیم را به عنوان مکافات سرپیچی از احکام خود پیش‌بینی کرده است. منتها، در این موارد، عزل قیم منوط به تقاضای مدعی العموم شده است تا او بتواند، با ملاحظهٔ شرایط و اوضاع و احوال، در این باره تصمیم بگیرد. اختیاری بودن عزل در هیچ یک از مواد به صراحت گفته نشده است، ولی از وضع بند ۶ مادهٔ ۱۲۴۸ ق.م. استنباط می‌شود. زیرا، در ۵ بند نخست قانونگذار به طور قاطع اعلام می‌کندکه «قیم معزول می‌شود» بدون این که عزل را مشروط به امری کند، در حالی که در بند ۶ می‌نویسد: «در مورد مواد ۱۲۳۹ و ۱۲۴۳ و ۱۲۴۴ با تقاضای مدعی العموم». از این لحن گفتار بر می‌آید که تقاضای مدعی العموم نقشی در امکان عزل دارد، وگرنه در سایر موارد عزل نیز درخواست از طرف دادستان می‌شود و محجور و سایر علاقمندان می‌توانند وجود سبب عزل را به اطلاع او برسانند(مادهٔ ۹۷ ق.ا.ح.)

در هر حال، مواردی که عزل به تقاضای دادستان انجام می‌پذیرد، عبارت است از:

۱. در موردی که معلوم شود قیم با سوءنیت مالی را که متعلق به مولی‌علیه بوده جزو صورت دارایی او قید نکرده یا باعث شده است که آن مال در صورت مزبور قید نشود (مادهٔ ۱۲۳۹ و بند ۶ مادهٔ ۱۲۴۸ ق.م.). نسبت دادن عمل قیم به سوءنیت او کاری است که دادستان باید انجام دهد و به همین دلیل نیز صدور حکم عزل منوط به تقاضای او شده است.

۲. هرگاه قیم از دادن تضمینی که دادستان ضروری می‌بیند و نوع آن را دادگاه معین می‌کند امتناع ورزد (مادهٔ ۱۲۴۳ ق.م. و بند ۶ مادهٔ ۱۲۴۸). در این فرض نیز تشخیص ضروری بودن تضمین با دادستان است و بر همین مبنا است که زمینهٔ عزل فراهم می‌آید.

۳. در موردی که قیم صورتحساب سالانهٔ تصدی خود را ظرف یک ماه از تاریخ مطالبهٔ دادستان ندهد (مادهٔ ۱۲۴۴ ق.م.). در این فرض نیز اختیار دادستان در لزوم مطالبه

و تمیز عذر موجه و درخواست نهایی عزل خلاصه می‌شود: با وجود این، مادهٔ ۱۰۱ ق.ا.ح. به دادگاه نیز اختیار می‌دهد تا «اگر قیم قبل از تعیین شخص دیگری به جای او صورت حساب را فرستاد یا معلوم شد که تأخیر در فرستادن صورت حساب به واسطهٔ عذر موجه بوده است» همان شخص را به قیمومت ابقاء کند یا دوباره به عنوان قیم برگزینند.

۴. به موجب مادهٔ ۱۲۵۱ اصلاح شدهٔ قانون مدنی (دی ماده ۶۱): «هرگاه زن بی شوهری ولو مادر مولی علیه که به سمت قیمومت معین شده است اختیار شوهر کند باید مراتب را در ظرف یک ماه از تاریخ انعقاد نکاح به دادستان حوزهٔ اقامت خود یا نمایندهٔ او اطلاع دهد. در این صورت دادستان یا نمایندهٔ او می‌تواند با رعایت وضعیت جدید آن زن تقاضای قیم جدید و یا ضم ناظر کند».

مادهٔ ۱۲۵۲ ق.م. نیز می‌افزاید: «در مورد مادهٔ قبل، اگر قیم ازدواج خود را در مدت مقرر به مدعی العموم یا نمایندهٔ او اطلاع ندهد، مدعی العموم می‌تواند تقاضای عزل او را بکند».

در این فرض نیز اختیار دادستان در دو زمینه ظاهر می‌شود: نخست، در موردی که قیم شوهر می‌کند و ظرف یک ماه به دادستان اطلاع نمی‌دهد، که او می‌تواند از خطای زن در شرایطی که قرار گرفته است درگذرد یا بی مبالاتی قیم را مبنای درخواست عزل کند. دوم، در زمانی که از شوهر کردن قیم آگاه می‌شود و، با توجه به وضع خانوادهٔ جدید او، باید تمیز دهد که آیا عزل او به مصلحت است یا ضم ناظر ؟

۵۰۸. انعزال قیم:

چنان‌که بارها گفته شد، قیمومت نوعی ولایت است که به نمایندهٔ حاکم با شرایط معین داده می‌شود. قیم از مولی علیه مواظبت و سرپرستی می‌کند و به ادارهٔ دارایی او می‌پردازد. پس، نخستین شرط قیمومت این است که قیم خود برای انجام دادن این امور اهلیت داشته باشد. زوال اهلیت نیز خود به خود سمت قیمومت را از بین می‌برد قیم به کودکی باز نمی‌گردد، ولی احتمال دارد در اثر بیماری و فشارهای عصبی دیوانه شود یا

رشد خود را در ادارهٔ اموال از دست بدهد.

این عارضه‌ها را نیز به طور معمول دادستان به دادگاه اطلاع می‌دهد و درخواست برکناری او و نصب قیم دیگر را می‌کند. منتها، تفاوت در این است که بر خلاف مورد عزل که حکم دادگاه به نهاد موجود پایان می‌دهد و جنبهٔ تأسیسی دارد، در فرض حجر قیم چهرهٔ اعلامی به خود می‌گیرد: یعنی، همین که احراز شود که قیم اهلیت خود را از دست داده است، دادگاه اعلام می‌کندکه از تاریخ جنون یا سفه قیم سمت خود را به حکم قانون از دست داده است یا، به بیان دیگر، از سمت خود «منعزل» شده است؛ چنان که مادهٔ ۱۲۴۹ ق.م. اعلام می‌کند: «اگر قیم مجنون یا فاقد رشد گردد منعزل می‌شود».

فایدهٔ عملی «انعزال» در نفوذ اعمالی که قیم پس از عارضهٔ جنون یا سفه انجام داده است ظاهر می‌شود. با این که در مورد عزل، قاعده این است که اعمال قیم از تاریخ ابلاغ حکم غیر نافذ شود (مادهٔ ۱۰۰ ق.ا.ح.)، در مورد انعزال، چون حکم دادگاه سمت را از بین نمی‌برد و تنها زوال آن را از تاریخ بروز عارضه اعلام می‌دارد، اعمالی که قیم در فاصلهٔ میان بیماری و ابلاغ حکم انجام داده است نفوذ خود را از دست می‌دهد.

همچنین است در فرضی که حجر مولی علیه پایان می‌پذیرد و سمت قیم بر این مبنا خود به خود از بین می‌رود. مادهٔ ۱۲۵۳ ق.م. در همین زمینه مقرر می‌دارد: «پس از زوال سببی که موجب تعیین قیم شده قیمومت مرتفع می‌شود».

۵۰۹. تعلیق قیمومت ـ قیم موقت و قیم اتفاقی:

مادهٔ ۱۲۵۰ ق.م. مقرر می‌دارد: «هرگاه قیم در امور مربوط به اموال مولی علیه یا جنحه و جنایت نسبت به شخص او مورد تعقیب مدعی العموم واقع شود، محکمه به تقاضای مدعی العموم موقتاً قیم دیگری برای ادارهٔ اموال مولی علیه معین خواهد کرد». با تعیین قیم موقت ،در واقع سمت قیم دائم معلق می‌ماند تا نتیجهٔ رسیدگی معلوم شود: اگر تعقیب به نتیجه برسد و سببی که موجب عزل است احراز شود، دادگاه به گونه‌ای قاطع قیم را بر کنار می‌کند و، هرگاه اتهام به اثبات نرسد یا از مواردی نباشد که سبب عزل

قیم می‌شود، دادگاه دوباره سرپرستی محجور و ادارهٔ اموال را به او می‌سپارد.

دلیل تعلیق سمت قیم ایجاد تعارض منافع او با محجور است: نفع قیم در این است که دعوا به نتیجه نرسد، در حالی که نفع محجور ایجاب می‌کند که قیم خطاکار برکنار شود. قیم نمی‌تواند این دو نفع را با هم حفظ کند. وانگهی، تا روشن شدن وضع در معرض این اتهام است که رفتاری چون امین ندارد، پس، ناچار باید برای حفظ نفع کودک (یا دیوانه و سفیه) قیم دیگری برگزید، هر چند که موقت باشد.

مبنای حکم مادهٔ ۱۲۵۰ در هر مورد که فرض تعارض منفعت میان قیم و محجور بشود قابل اعمال است و نباید آن را محدود به مورد اتهام و تعقیب قیم به وسیلهٔ دادستان کرد: فرض کنیم، قیم و مولی علیه در ملکی شریکند و تقسیم آن ملک در دادگاه مطرح است. قیم نمی‌تواند به اصالت و به نمایندگی از سوی محجور در دو طرف دعوا قرار گیرد. پس، ناچار باید قیم موقت با اختیار محدود و تنها برای دفاع از حقوق محجور معین شود.

مثال دیگر: بخشی از میراث مولی علیه در تصرف قیم است و او ادعا دارد که وصیتی به سود او از طرف مورث شده است و بخش مورد گفتگو «موصی به» آن وصیت است. دادستان به امانت قیم اعتماد دارد و احساس می‌کند که اختلاف دو منفعت در نتیجهٔ اشکال در تفسیر قانون به وجود آمده است نه خیانت قیم. در چنین وضعی، ناچار باید دادگاه به حکومت نشیند و فصل خصومت کند. درخواست این حکومت نیاز به اقامهٔ دعوا دارد، ولی چه کسی می‌تواند به نمایندگی محجور دادخواست بدهد؟ قیم از این اختیار بهره‌مند نیست، چرا که با مولی علیه تعارض منفعت دارد. در حقوق ما، دادستان نیز نقش ناظر را دارد و به طور مستقیم در دعوای مدنی شرکت نمی‌کند. پس، چه باید کرد؟

راه منطقی این است که قیمی موقت در آن دعوا نمایندگی مولی علیه را در برابر قیم دائم به عهده بگیرد. ملاک مادهٔ ۱۲۵۰ ق.م. به آن راه منطقی چهرهٔ حقوقی می‌بخشد و رویهٔ قضایی را هدایت می‌کند. در عرف دادگاه‌ها به قیمی که به طور موقت و برای انجام نمایندگی خاص معین شده است «قیم اتفاقی» گفته می‌شود.

۵۱۰. دادگاه صالح:

به موجب مادهٔ ۵۴ ق.ا.ح.:«عزل و تعیین قیم موقت و سایر امور محجور که راجع به دادگاه است با دادگاهی است که بدواً تعیین قیم کرده است».بنابراین، عزل قیم و انعزال او و تعلیق قیمومت با دادگاه خانواده‌ای است که محجور در حوزهٔ آن اقامت دارد. سایر قواعد مربوط به صلاحیت نسبی دادگاه در مورد نصب قیم در بارهٔ عزل او نیز رعایت می‌شود. (ش ۴۶۵)

۵۱۱. رسیدگی به درخواست عزل:

رسیدگی به درخواست عزل در دادگاه انجام می‌شود. «محجور و هر ذی‌علاقه می‌توانند به دادستان وجود سبب عزل قیم را اطلاع دهند. در این صورت، اگر دادستان سبب عزل را موجود دید، از دادگاه درخواست عزل قیم را می‌نماید» (مادهٔ ۹۷ ق.ا.ح.). پس، در دعوای عزل، خواهان دادستان و خوانده قیم است و دادگاه نمی‌تواند بر مبنای اطلاع خود از محجور یا دیگران حکم عزل قیم را صادر کند.[1]

«برای رسیدگی به درخواست عزل قیم، باید قیم و در صورت لزوم دادستان احضار شوند و حکمی که راجع به عزل صادر می‌شود باید مدلل و موجه باشد» (مادهٔ ۹۷ ق.ا.ح.) از قید «در صورت لزوم» در این ماده چنین بر می‌آید که عزل قیم ممکن است بدون احضار دادستان رسیدگی شود. ولی، مفاد مادهٔ ۹۷ در مورد درخواست عزل و مادهٔ ۹۹ ق.ا.ح. که مقرر می‌دارد: «قیم از تصمیم دادگاه راجع به عزل خود و دادستان از رد درخواست عزل قیم می‌توانند پژوهش بخواهند و مادامی که تکلیف قطعی معین نشده امور صغیر به وسیلهٔ دادستان یا قیمی که موقتاً برای محجور معین می‌شود انجام خواهد شد» به خوبی نشان می‌دهد که دادستان درخواست کننده و طرف دعوا است و دادگاه نمی‌تواند بدون اخطار به او جلسهٔ رسیدگی بگذارد. پس، باید گفت در مادهٔ ۹ واژهٔ «احضار» معنی خاص و فنی خود را

۱. برای دیدن نظر مخالف که می‌گوید: در مورد ۵ بند نخست مادهٔ ۱۲۴۸ قانون مدنی، دادگاه می‌تواند از هر طریق که اطلاع بر موجب عزل قیم پیدا کند، حکم عزل بدهد، رک: مرحوم دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، ص ۳۱۱.

دارد و مقصود این است که دادگاه حضور دادستان را لازم بداند.

باید افزود که در حقوق کنونی درخواست تجدیدنظر در حکم راجع به عزل تابع قواعد حاکم بر تجدید نظر از احکام دادگاه خانواده است و مرجع پژوهشی دیگری برای آن وجود ندارد.

ب : دوران انتقال قیمومت

۵۱۲. نفوذ اعمال قیم پیش از ابلاغ حکم عزل:

قیم نمایندهٔ قانونی مولی علیه است و دیدیم که به حکم دادگاه خانواده عزل می‌شود. از تاریخ صدور حکم، هر چند که قابل تجدیدنظر هم باشد، سمت قیم از بین می‌رود. نتیجهٔ منطقی زوال سمت این است که اعمال حقوقی قیم از این پس فضولی و غیر نافذ باشد. ولی، از آنجا که احتمال دارد قیم ندانسته خود را نمایندهٔ مولی علیه معرفی کند و اشخاص ثالث به اعتماد گفتهٔ او با محجور معامله کرده باشند و عدم نفوذ این معامله پایهٔ اعتماد عمومی را متزلزل کند، اثر حکم عزل تا ابلاغ آن به قیم به تأخیر افتاده است؛ چنان که مادهٔ ۱۰۰ ق.ا.ح. در این باره اعلام می‌کند **«اعمال قیم بعد از ابلاغ حکم عزل او نافذ نیست»**.

از این حکم استثنایی نمی‌توان نتیجه گرفت که در حقوق ما اثر اعمال حقوقی منوط به اعلام آن به شخص ذی‌نفع است و، برای مثال، نظریهٔ «اعلام قبول» را در قراردادهای غائبان پذیرفت،[1] ولی از استقراء در قانون مدنی چنین بر می‌آید که در عزل هر نماینده، خواه قراردادی باشد یا قانونی، باید از آن پیروی کرد؛ چنان‌که مادهٔ ۶۸۰ ق.م. در مورد وکالت (نمایندگی قراردادی) می‌گوید: **«تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید نسبت به موکل نافذ است»**[2].

۱. همین دوره از حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ش ۱۳۵ و ۱۸۸.
۲. همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴، ش ۸۰ و ۱۱۷ و ۱۱۸ و قرائت و تمرین (۴).

۵۱۳. آیا قیم پیش از ابلاغ حکم عزل تکالیف قیمومت را دارد؟

گفته شد که پیش از ابلاغ حکم عزل به قیم اعمال حقوقی او نافذ است، همچنین گفته شد که قیم پس از استعفا، و تا زمانی که ارادهٔ او به دادستان ابلاغ نشده است، مکلف به ادارهٔ اموال مولی علیه و سرپرستی از او است. اکنون، این پرسش را باید مطرح کرد که، آیا همان گونه که پیش از ابلاغ حکم عزل به قیم اعمال او نافذ است، تکالیف قیمومت نیز از او خواسته می‌شود یا نه؟ برای مثال، اگر در این فاصله کالای فاسد شدنی مولی‌علیه در نتیجهٔ اهمال قیم در فروش آن از بین برود، آیا می‌توان خسارت ناشی از این اهمال را از قیم مطالبه کرد؟

رویهٔ قضایی پاسخی برای این پرسش ندارد و در نوشته‌های حقوقی نیز تاکنون این سؤال طرح نشده است. بنابراین، ممکن است گفته شود که نفوذ اعمال قیم پیش از ابلاغ حکم عزل به او نشانهٔ باقی ماندن سمت قیمومت است. حق و تکلیف دو کفهٔ متقابل و ملازم با یکدیگر است؛ آن که از حقی سود می‌برد باید تکالیف ناشی از داشتن آن حق را نیز تحمل کند. پس، نمی‌توان گفت قیم پیش از ابلاغ حکم عزل از حقوق این سمت بهره‌مند است لیکن وظیفه‌ای در انجام دادن تکالیف آن ندارد.

با وجود این، پذیرفتن این نظر که رنگی از عدالت را پشتوانهٔ خود دارد دشوار است. معنی باقی انگاشتن سمت قیمومت این است که حکم عزل به تنهایی نتواند قیم را برکنار سازد و لزوم ابلاغ هر عمل حقوقی در زمرهٔ قواعد عمومی درآید؛ در حالی که، نفوذ اعمال حقوقی قیم حکم استثنایی است که به خاطر احترام به حسن نیت او وحمایت از حقوق اشخاص ثالث مقرر شده است. دامنهٔ این گونه استثناها را نمی‌توان گسترش داد. نظم در قواعد حقوقی ایجاب می‌کند که حکم استثنایی محدود به همان مصلحتی شود که به خاطر آن به وجود آمده است، بنابراین، نمی‌توان ادعا کرد که اگر محجور رشید شود و قیم از آن بی اطلاع بماند، تا زمانی که از آن آگاه نشده است، حق تصرف در اموال مولی علیه پیشین را دارد.[1]

مفهوم مخالف مادهٔ ۱۰۰ ق.ا.ح. نوعی حمایت از قیم و اشخاص ثالث در برابر

۱. علامهٔ حلی، تذکره، ج ۲، ص ۸۱

محجور است و، به بیان دیگر، نوعی «فرض حقوقی» است که اعمال قیم معزول را در حکم کار قیم با صلاحیت می‌انگارد و نباید لوازم این فرض را نیز در شمار احکام قانونگذار آورد (اصل مثبت) و به زیان قیم آن را به کار برد.

۵۱۴. تکلیف حفاظت از اموال در صورت زوال سمت:

مادهٔ ۹۲ق.ا.ح. مقرر می‌دارد: «بعد از زوال قیمومت، قیم مسئول حفظ اموال محجور است تا به تصرف شخصی که باید تصرف نماید بدهد». این ماده شامل تمام مواردی که قیمومت به وسیلهٔ عزل و استعفاء و رفع حجر پایان می‌پذیرد می‌شود. ولی، هدف از انشاء آن بیشتر موردی بوده است که قیمومت در نتیجهٔ رفع حجر از کودک یا سفیه و دیوانه پایان می‌یابد، لیکن هنوز اموال مولی علیه پیشین در تصرف قیم است تا به او بدهد. در این فرض، چون قیمومت از بین رفته است، از قیم نمی‌توان انتظار ادارهٔ دارایی را داشت و، اگر به این اداره بپردازد، از اختیار خود فراتر رفته است و با او همانند مدیر فضولی (مادهٔ ۳۰۶ ق.م.) رفتار می‌شود. با وجود این، در حفظ اموال در حکم امین است و باید به وظیفهٔ خویش تا تحویل آن به قیم بعدی یا مولی علیه از حجر خارج شده عمل کند؛ حکمی استثنایی که تنها در حدود متن ماده اعتبار دارد و لازمهٔ آن را (بقای قیمومت و اختیار اداره) نباید در زمرهٔ خواست‌های قانونگذار آورد.

به بیان دیگر، اموالی که در تصرف قیم پیشین است تا تحویل آن به صاحب مال یا نمایندهٔ قانونی او «امانت قانونی» است و نباید آن را نشانهٔ بقای قیمومت شمرد.

۵۱۵. تکلیف تحویل اموال:

در مادهٔ ۸۷ق.ا.ح. آمده است که: **«قیم باید بعد از رفع حجر اموال محجور را به تصرف او بدهد و اگر در مدت حجر سمت قیمومت از قیم سلب و به‌جای او شخص دیگری معین شد اموال را به تصرف قیم بعد بدهد»** این تکلیف نیز ناشی از نیابتی است که قیم در حفظ و ادارهٔ اموال محجور دارد. کسی که مال دیگری را در تصرف دارد، باید آن را به صاحب مال برگرداند، خواه آغاز تصرف بدون اذن و از راه عدوان باشد یا با اذن (علی الید ما

اخذت حتی تؤدی). آنچه اهمیت دارد این است که ادامهٔ تصرف بدون اذن نباشد، وگرنه متصرف در حکم غاصب است (مادهٔ ۳۱۰ ق.م.).

بنابراین، اگر قیم به تکلیف خود در بارهٔ تحویل اموال محجور به او یا نمایندهٔ قانونی دیگر عمل نکند، وصف امانت از او گرفته می‌شود و قانون با او همچون غاصبان رفتار می‌کند. این دگرگونی وضع از تاریخی ایجاد می‌شود که مال محجور از قیم مطالبه شود و او در پاسخ وجود مال را نزد خود انکار کند یا از تسلیم مال امتناع ورزد (مواد ۳۱۰ و ۶۳۱ ق.م). نتیجهٔ عملی دگرگونی در وضع حقوقی قیم این است که از تاریخ انکار یا امتناع «**مسؤول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود، اگر چه مستند به فعل او نباشد**» (بخش اخیر مادهٔ ۶۳۱ ق.م).

۵۱۶. دادن حساب زمان تصدی:

مطابق قواعد عمومی نیابت، هر نماینده که مال دیگری را در تصرف دارد یا به کاری برای او دست می‌زند، باید حساب زمان تصدی خود را بدهد(مادهٔ ۶۶۸ ق.م). حتی مدیر فضولی از این تکلیف معاف نیست، چنان که در مادهٔ ۶۰۶ ق.م. می‌خوانیم که: «اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آنها را بدون اجازهٔ مالک یا کسی که حق اجازه دارد اداره کند، باید حساب زمان تصدی خود را بدهد...».

قیم نیز از این قاعده استثنا نشده است .زیرا، گذشته از صورت حساب سالانه‌ای که به دادستان می‌دهد(مادهٔ ۱۲۴۴ ق.م.) در پایان قیمومت نیز بایستی حساب زمان تصدی را به مولی علیه یا نمایندهٔ قانونی او بدهد. منتها، اگر قیمومت به دلیل رفع حجر از مولی‌علیه پایان یافته باشد، آن حساب به مولی علیه پیشین، یعنی مالک دارایی، تسلیم می‌شود. ولی، هرگاه سمت قیم در اثر عزل یا استعفا از بین برود و قیم دیگری جانشین او شود، باید حساب زمان تصدی به قیم بعدی داده شود» (مادهٔ ۱۲۴۵ ق.م).

فرضی که در قانون نیامده است و احتمال دارد رخ دهد، صورتی است که قیمومت در اثر مرگ قیم پایان پذیرد. پس، این سؤال مطرح می‌شود که آیا وارث قیم وظیفه‌ای در دادن حساب تصدی مورث خود دارد، یا چون قیمومت سمتی شخصی است و حقوق و

تکالیف آن به میراث نمی‌رسد، با مرگ قیم هیچ وظیفه‌ای باقی نمی‌ماند؟

بی‌گمان، صلاحیت‌ها و وظیفه‌های خاص قیمومت به ارث منتقل نمی‌شود و جنبهٔ شخصی دارد، ولی تکلیف مربوط به دادن حساب تصدی نتیجهٔ قهری ادارهٔ دارایی دیگران و انجام دادن کاری به نیابت است و، چنان که گفته شد، بر مدیر فضولی نیز تحمیل می‌شود. به بیان دیگر، دادن این حساب بخشی از وظیفهٔ وارثان در تصفیهٔ ترکه و تمیز حقوق ویژه مورث است.

همچنین است در موردی که قیمومت در اثر حجر قیم پایان می‌پذیرد و قیم پیشین خود در ولایت دیگری قرار می‌گیرد. در این فرض نیز باید گفت قیم او باید حساب مولی‌علیه خود را در زمان اداره تنظیم کند و به محجور یا نمایندهٔ قانونی او بدهد[1].

در قوانین ما مهلتی برای دادن حساب تصدی پیش‌بینی نشده است و این نکته را باید از نقیصه‌های قوانین مدنی و امور حسبی شمرد. با این وضع، چاره در این است که گفته شود مهلت متعارف جای موعد قانونی را می‌گیرد، زیرا منطقی نیست که اجرای تکلیف قیم و بازماندگان او تا هر زمان که آنان مایلند به تأخیر افتد.

محجوری که رشد خود را بازیافته یا به سن بلوغ رسیده است یا قیم جدید او (در صورت بقای حجر) می‌تواند مهلتی متعارف را تعیین کند و از قیم پیشین صورت زمان تصدی را بخواهد. اگر به این درخواست پاسخ داده نشود، می‌توان الزام او را از دادگاه درخواست کرد. به اضافه، قیمی که در مهلت متعارف صورت زمان تصدی خود را ندهد، مسؤول خساراتی است که در نتیجهٔ این تقصیر بر مولی علیه سابق او وارد می‌شود.

---

۱. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۶۹۱ - مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۳۲۲ که اعتقاد دارد تکلیف مربوط به دادن حساب تصدی برای قیم و وارث او قاعده‌ای است که در هر نمایندگی قراردادی و قضایی، و از جمله وکالت، اجرا می‌شود.

قرائت و تمرین (۱۲)

قیمومت و حمایت از کودکان
در حقوق خارجی

مبانی و هدف از قیمومت:

تعیین سرپرست برای کودکان خانواده و سایر محجورانی که در درون این نهاد اجتماعی به سر می‌برند، از دیر باز مورد توجه همهٔ قانونگذاران بوده است. منتها، هدف از این اقدام ممکن است یکی از این دو امر باشد:

۱. حمایت از دارایی خانواده و حفظ آن در برابر بی تجربگی و ناشایستگی یکی از اعضاء: این هدف که در قوانین قدیم دنبال می‌شد، امروز اهمیت خود را از دست داده است. با وجود این، هنوز هم آثاری در قوانین به جای گذارده است. برای مثال، ممنوع بودن قیم از فروش و رهن اموال غیر منقول محجور بدین منظور است که املاک در خانواده باقی بماند و از دست نرود. همچنین، تشکیل شورای خانواده که بر تصرف‌های مهم در اموال محجور نظارت می‌کند، در حقوق فرانسه از فکر حمایت خانواده و وارثان احتمالی محجور مایه می‌گیرد[1].

۲. حمایت از محجور، که امروز هدف غالب در قوانین کنونی کشورها است. در حقوق

۱. کاربونیه، حقوق مدنی، چاپ پنجم ۱۹۶۴، ج ۱، ص ۶۹۲ - و برای دیدن حقوق رم که هدف بیشتر حفظ ثروت خانواده بود، رک: پلنیول و ریپر، ج ۱، به‌وسیلهٔ ساواتیه، ش ۴۱۵.

کنونی، به جای ولایت و حکومت بر محجوران، نمایندگی و حمایت از آنان مطرح است؛[۱] چنان که مادهٔ ۴۲۷ اصلاح شدهٔ قانون مدنی فرانسه تأیید می‌کند که قیمومت وسیلهٔ حمایت از کودکان است. در حقوق آلمان و سویس نیز قیمومت چهرهٔ حمایتی دارد و نقش شورای خانواده در آن به حداقل رسیده است. در حقوق ما نیز، با این که سرپرستی پدر و جد پدری بر فرزند خود به نام «ولایت» شهرت دارد و گاه همین چهره را در آن می‌بینیم (نکاح کودک) در قیمومت از محجور هدف حمایت و نمایندگی از سوی او است نه ولایت.

قیمومت خانوادگی و قیمومت عمومی و قضایی:

خانواده جای پرورش طبیعی کودک است. تا زمانی که بنیان این نهاد حقوقی و اجتماعی از هم نپاشیده است و زن و شوهر با هم زندگی می‌کنند، مأمن طبیعی کودک در قوانین نیز محفوظ است. ولی، همین که جدایی و تفرقه پا به میدان نهاد، خواه جدایی پدر و مادر ارادی و در نتیجهٔ طلاق باشد یا قهری و در اثر مرگ، آشیانهٔ طبیعی نیز درهم می‌ریزد و ناچار باید در اندیشهٔ مکانی امن و آسوده بود. قیمومت وسیلهٔ تأمین همین مکان است که در قوانین دو مفهوم متفاوت پیدا می‌کند:

الف ـ قیمومت خانوادگی: در این گرایش اخلاقی، کوشش در این است که اگر کودک خانوادهٔ کوچک و خاص (پدر و مادر) را از دست می‌دهد، دست‌کم در میان خانوادهٔ بزرگ یعنی خویشان خود باشد. فرض بر این است که اینان دلسوزتر از مقام‌های عمومی هستند و چه بهتر که حمایت از کودک و ادارهٔ دارایی به اینان سپرده شود ودولت نیز بر کارشان نظارت کند.

نمونهٔ بارز این فکر در فرانسه، به ویژه پیش از اصلاحات ۱۴ دسامبر ۱۹۶۴، و تشکیلات مربوط به قیمومت از این عوامل به وجود می‌آمد.[۲]

۱. شورای خانواده، که در مرحلهٔ نخست از خویشان نزدیک محجور به وسیلهٔ امین صلح و بعدها قاضی محکمهٔ ابتدایی انتخاب می‌شد. این شورا که شش عضو داشت ثابت نبود و برای هر جلسه احتمال داشت اعضای آن تغییر کند، زیرا قانون هیچ عضو ثابت و ضروری برای آن معین نکرده بود. شورا پس از مرگ پدر یا مادر تشکیل می‌شد: یعنی، تا زمانی که پدر و مادر با هم زنده بودند به حکم قانون خود عهده‌دار ادارهٔ اموال فرزند می‌شدند. ولی، با مرگ یکی از آن دو یا سقوط ولایت، قیمومت با تشکیل شورای خانواده آغاز می‌گردید و احتمال داشت

۱. پلنیول و ریپر، همان کتاب ـ مارتی و رینو، ج ۱، بخش ۲ خانواده، چاپ دوم، ش ۵۴۴.
۲. پلنیول و ریپر، همان کتاب.

قیمومت به پدر یا مادر زنده واگذار شود یا ولایت و قیمومت هر دو حفظ گردد.

۲. قیم، که نمایندهٔ کودک در تمام امور مالی است و مواظبت و تربیت او را نیز به عهده دارد. قیم از طرف شورای خانواده انتخاب می‌شود و زیر نظارت و رهبری آن شورا در واقع یک مقام اجرایی است.

۳. ناظر و قائم مقام قیم، که از سوی شورای خانواده انتخاب می‌شود و نظارت برکار قیم را به عهده دارد و گاه جانشین او در ادارهٔ امور است.

۴. دادگاه که بالاترین مقام قیمومت است، تصمیم‌های شورای خانواده را بازرسی می‌کند و در مورد تصمیم‌های مهم دخالت این مقام ضروری است. تا سال ۱۹۵۹ این مقام قضایی امین صلح بود و پس از آن قاضی محکمهٔ ابتدایی، تا این که قانون ۱۹۶۴ قاضی قیمومت‌ها را جانشین مقام‌های قضایی عمومی کرد.

با سستی گرفتن بنیان‌های خانوادگی در جامعهٔ صنعتی فرانسه، شورای خانواده در بسیاری موارد نسبت به سرنوشت کودک بی اعتنایی نشان داد و فلسفهٔ تشکیل خود را از دست داد و پراکنده شدن اعضای خانواده انجام وظیفهٔ این نهاد را دشوار ساخت. انتقادها آغاز شد و پاره‌ای از نویسندگان پیشنهاد کردند که مقام‌های عمومی جانشین شورای خانواده شود و دولت حمایت از کودکان را به عهده گیرد[1]. منتها، خردمندان قوم به این نکته توجه داشتند که روح فرانسوی با دخالت دولت در امور خانواده موافق نیست و ایجاد قیمومت را در زمان حیات پدر و مادر نهادی مزاحم می‌بینند، در حالی که در حقوق آلمان از آغاز تصویب قانونگذاری شیوهٔ دیگری انتخاب شد و حمایت از کودکان را به دولت واگذار کرد. این وظیفهٔ دولت به وسیلهٔ دادگاه اختصاصی قیمومت‌ها انجام شد و به ندرت اختیار این دادگاه به شورای خانواده واگذار می‌گردید.[2]

در قانون ۱۴ دسامبر ۱۹۶۴ این انتقادها به ثمر نشست. حقوق فرانسه قیمومت را به عنوان نهادی خانوادگی حفظ کرد، ولی در آن تغییرهایی داد که حقوق کنونی را به حقوق آلمان و سویس نزدیکتر ساخت. از اختیار شورای خانواده که نقش رهبری و نظارت کامل را داشت کاسته شد و به جای آن قاضی قیمومت‌ها اختیار بیشتری پیدا کرد.[3]

۱. ریپرو بولانژه، ج ۲، ش ۲۳۷۳ و ۲۳۷۴.

۲. ریپر و بولانژه، همان کتاب، ش ۲۳۷۴ و ۲۳۷۵.

۳. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش ۲ خانواده و حجرها، چاپ چهارم به‌وسیلهٔ ژوگلار، ش ۱۲۸۰ به بعد ـ مارتی و رینو، همان کتاب، ش ۵۶۴ به بعد.

در این قانون، اصولا قیمومت بعد از مرگ پدر و مادر آغاز می‌شود، مگر در موردی که حق ولایت از آنان به دلیلی ساقط شده باشد. بنابراین، هرگاه پدر یا مادرکودک بمیرد ولایت به عهدهٔ دیگری است و قیم یا شورای خانواده درکار او دخالت نمی‌کند. منتها، چنان که گفته شد، پدر و مادر نیز بر کودک ولایت و سلطه ندارد؛ نماینده و حافظ منافع او است. به موجب قانون ۲۳ ژوییهٔ ۱۹۴۲، در ولایت معتدل بر فرزند، مادر نیز در کنار پدر است.

در حقوق کنونی فرانسه، باید بین قیمومت و نظارت بر آن تفاوت گذارد: پنج نوع قیم در این حقوق به چشم می‌خورد:

۱ـ قیم به موجب وصایت (وصی)، که هر یک از پدر یا مادر بعد از مرگ دیگری می‌تواند آن را انتخاب کند تا پس از مرگ خود، و آن هنگام که کودک پدر و مادری ندارد، به سرپرستی از او و ادارهٔ اموالش بپردازد.

۲. قیم قانونی: هرگاه پدر و مادر فوت کنند و کودک وصی نداشته باشد، جدّی که از حیث قرابت نزدیکتر به او است «قیم قانونی» است، خواه مرد باشد یا زن و خواه ارتباط او باکودک از جهت مادر باشد یا پدر. در صورتی که در میان اجداد و جده‌ها چند تن قرابت مساوی با کودک داشته باشند، شورای خانواده یکی را انتخاب می‌کند.

۳. قیم انتخابی به وسیلهٔ شورای خانواده.

۴. قیم قضایی، در زمانی که پدر و مادر از حق ولایت محروم می‌شوند.

۵. دولت: اگر کسی مایل نبود قیمومت را بپذیرد، قاضی قیمومت‌ها سرپرستی طفل را به دولت وا می‌گذارد. نظارت بر قیم نیز به وسیلهٔ این مقام‌ها انجام می‌پذیرد:

۱. ناظر و قائم مقام قیم که به وسیلهٔ شورای خانواده و از میان اعضای آن انتخاب می‌شود و، گذشته از نظارت برکارهای قیم در امور اداری، نمایندگی کودک را در مواردی که بین قیم و محجور تعارض منفعت وجود دارد به عهده می‌گیرد (مادهٔ ۴۲۰ ق.م. فرانسه).

۲ ـ شورای خانواده که مجمعی است از خویشان نزدیک و گاه بستگان و دوستان خانوادگی کودک، به ریاست «قاضی قیمومت‌ها» تشکیل می‌شود. این مجمع در مرحلهٔ نخست از اقوام طفل تشکیل می‌شود، ولی در صورتی که قاضی قیمومت‌ها به مصلحت بداند می‌تواند از دوستان وهمسایگان و سایر کسانی که علاقه‌مند به کودک هستند دعوت کند (مادهٔ ۴۰۹ ق.م.). انجام دادن وظایف و عضویت در شورای خانواده، حتی برای کسانی که عضو خانواده و از اقوام طفل نیستند، اجباری است.[1]

۱. مادهٔ ۳۷۲ ق.م.

۳. قاضی قیمومت‌ها که مقام قضایی برای سرپرستی از کودکان است و می‌تواند شورای خانواده را انتخاب کند. خود نیز بر این شورا ریاست دارد و در صورت تساوی آراء موافق و مخالف در بارهٔ انجام امری، رأی او به سود هر طرف که باشد اکثریت به شمار می‌آید. قاضی قیمومت می‌تواند از آراء نادرست شورا به دادگاه ابتدایی شکایت کند حتی در مورد فروش فوری مال منقول (بند ۲ مادهٔ ۴۶۸) و تصرفی که موضوع آن از ده هزار فرانک بیشتر نباشد به جای شورا تصمیم بگیرد و حساب آن را به شورا بدهد.

بدین ترتیب، در قانون ۱۹۶۴ گامی به سوی قضایی شدن قیمومت برداشته شده است، ولی هنوز نظام حقوقی فرانسه به قیمومت خانوادگی وفادار است. با وجود این، در بعض موارد قیمومت جنبهٔ اداری و عمومی دارد: مانند قیمومت فرزندان دولت و قیمومت بدون تصدی که به دولت واگذار می‌شود(مادهٔ ۴۳۳ ق.م.)

ب ـ قیمومت عمومی: در میان قوانین خارجی به ندرت دیده می‌شود که قیمومت به طور کامل جنبهٔ اداری پیدا کند و ادارهٔ اموال کودکان به مقام‌های دولتی و عمومی واگذار شود: جز در اتحاد شوروی سابق که قیمومت عمومی پذیرفته شده بود، از قانون ۹ ژوئیه ۱۹۲۲ آلمان نیز به عنوان مثال نام برده شده است.[۱] همچنین است تمایل نظام قیمومت در سویس و کشورهای اسکاندیناوی[۲].

بر عکس، فراوان است کشورهایی که نظارت بر ادارهٔ اموال کودکان و بازرسی اعمال قیم را به مقام‌هایی عمومی سپرده‌اند. برای مثال، در حقوق آلمان، علاوه بر قاضی قیمومت‌ها در هر کمون، شورایی بنام «شورای یتیمان» مأمور مواظبت ویژه از شخص کودکان است (مواد ۱۷۷۹ و ۱۸۴۹ به بعد)[۳].

ج ـ قیمومت قضایی: در بعض از قوانین خارجی، مانند آلمان و سویس و ایتالیا و آمریکای جنوبی، وظیفهٔ قیمومت نهایی را به قاضی یا دادگاهی سپرده‌اند که اعمال قیم را تأیید یا رد می‌کند و تصمیم نهایی را خود می‌گیرد. باید دانست که در بعض از قوانین این گروه نیز نظام قیمومت قضایی و اداری به هم آمیخته شده است: مانند نظام آلزاس و لورن در فرانسه و سویس و آلمان.

در حقوق آلمان، دادگاه قیمومت یک وظیفهٔ دائمی بازرسی و نظارت برکار قیم‌ها را به عهده

۱. مارتی و رینو، همان کتاب، ش ۵۴۵ (که از کتاب قیمومت کودکان نوشتهٔ رودیر نقل کرده است).
۲. ریپرو بولانژه، ج ۱، ش ۲۳۷۵.
۳. ریپرو بولانژه، همان کتاب.

دارد. بر عکس، نقش شورای خانواده در این کشور جنبهٔ فرعی و مشورتی دارد[۱] در سویس نیز نظامی شبیه آلمان به چشم می‌خورد. در این حقوق نظارت بر قیمومت به سازمانی دولتی بنام «مقام قیمومتی» واگذار شده که ترتیب آن بر حسب قوانین کانتون‌ها تغییر می‌کند. در حقوق انگلیس و امریکا نیز دادگاه‌ها وظیفه‌ای بسیار مهم در بازرسی امور و قیمومت به عهده دارند[۲].

قیمومت در حقوق ما نیز چهرهٔ قضایی دارد و در واقع شاخه‌ای از ولایت حاکم است. با وجود این، همین قیمومت قضایی، که با نظارت کامل و گاه مباشرت دادستان و تعلیمات دادگاه انجام می‌پذیرد، رنگی از دخالت خانواده را نیز دارد. زیرا، نه تنها پدر و جد پدری و مادر ولایت و حضانت محجوران و به ویژه کودکان خانواده را به عهده دارند، وصی منصوب از سوی ولی قهری نیز از دخالت دادستان و دادگاه مصون است و ادارهٔ امور کودک را بر طبق خواست‌های (ولی قهری) انجام می‌دهد. به اضافه، در انتخاب قیم به وسیلهٔ دادگاه نیز مادر و خویشان محجور حق تقدم دارند (ش ۴۶۴). پس، می‌توان گفت قیمومت هنوز هم در سایهٔ خانواده و به وسیلهٔ نزدیک‌ترین خویشان انجام می‌شود.[۳]

---

۱. مازو، همان کتاب، ش ۱۳۵۱ تا ۱۳۵۷.

۲. مازو، همان کتاب.

۳. باید دانست که آن‌چه گفته شد در مورد قیمومت از کودکان است نه دیوانه و سفیه. قیمومت از این محجوران در حقوق فرانسه نظامی شبیه به کودکان دارد، ولی ویژگی‌های گوناگونی نیز دارد که از بحث ما بیرون است.

مبحث ششم : الزام به انفاق

۵۱۷. تعریف و مبنای این الزام :

قانون مدنی، در کتاب نهم و با عنوان «خانواده» از الزام به انفاق سخن گفته است. به این اعتبار، شاید بتوان گفت، **مقصود الزامی است که اعضای خانواده در تأمین معاش یکدیگر دارند تا توانا دست ناتوان را بگیرد.**

ولی، باید دانست که در حقوق ما نفقهٔ زوجه احکام ویژهٔ خود را دارد و روابط مالی زن و شوهر تنها بر پایهٔ تعاون و همدلی استوار نیست: زن توانگر می‌تواند به عنوان طلبکار از شوهر خود نفقه بگیرد و هیچ‌گاه نیز الزامی به تأمین معاش او و کمک به هزینهٔ ادارهٔ خانواده ندارد. به همین جهت، مرسوم است که قواعد مربوط به نفقهٔ زن در زمرهٔ آثار نکاح و نفقهٔ اقارب در آثار خویشاوندی و به ویژه روابط خانوادگی مطرح شود و ما نیز از این پس تنها به احکام نفقهٔ اقارب می‌پردازیم:

در این زمینه، بر خلاف الزام به دادن نفقهٔ زن که رنگی از معاوضه بر آن سایه افکنده است، هدف این است که حقوق همبستگی اعضای خانواده را تضمین کند و تکلیف اخلاقی مربوط به دستگیری از خویشان نزدیک را در قلمرو خود آورد. به همین جهت، تکلیف ناظر به انفاق خویشان تکلیفی متقابل است و در صورتی تحقق می‌پذیرد که انفاق‌کننده توانگر و طلبکار او نیازمند باشد.

بنابراین، در تعریف الزام به انفاق خویشان می‌توان گفت: «تعهدی است قانونی که خویشان نزدیک در برابر هم دارند و به موجب آن هر توانگر وظیفه دارد معاش خویش مستمند را تأمین کند.

با این که الزام به انفاق از دیدگاه حقوقی تکلیفی متقابل است، از نظر جامعه‌شناسی و روانی تکلیف بر انفاق فرزندان با انفاق پدر و مادر و اجداد یکسان نیست و آن اشتیاقی

که در نخستین رابطه دیده می‌شود در انفاق پدر و مادر غالباً وجود ندارد. به همین جهت، اخلاق سعی دارد که تکلیف وجدانی را جانشین آن اشتیاق طبیعی کند.

چنان که گفته شد، تکلیفی که خویشاوندان نزدیک در دستگیری از هم دارند، تنها جنبهٔ اخلاقی ندارد؛ الزامی است قانونی که می‌توان اجرای آن را از دادگاه خواست[1]. منتها، چون هدف از ایجاد این رابطهٔ حقوقی حفظ حیات طلبکار و مبنای آن تضمین تکلیف اخلاقی مربوط به دستگیری از همنوع و حفظ همبستگی خانوادگی است، قواعد حاکم بر آن را با سایر تعهدها نباید قیاس کرد و قانونگذار احکام ویژه‌ای برای آن مقرر داشته است.[2]

۵۱۸. اهمیت اجتماعی این الزام:

خانواده از دیرباز کانون اصلی تعاون بوده است. در این مکتب، به انسان آموخته می‌شود که چگونه با دیگران همکاری کند و سرنوشت خویش را وابسته به آنان ببیند. یکی از مظاهر همبستگی خانوادگی، دستگیری است که توانگران از مستمندان می‌کنند تا آنان نیز امکان ادامهٔ زندگی را بیابند. عاطفهٔ غیرخواهی را همهٔ خردمندان ستوده‌اند و قانونگذاران نیز پاره‌ای از مصداق‌های آن را در زمرهٔ تکالیف آورده‌اند. الزام به انفاق یکی از آن موارد است که به موجب آن اعضای خانواده وظیفه‌دار شده‌اند تا پس از جدایی از هم نیز در اندیشهٔ جمع پیشین باشند و در موارد لزوم به یاری یکدیگر شتابند.

در جهان کنونی، قوانین گوناگون بیمه‌های اجتماعی و کمک‌های مستقیم یا با واسطه‌ای که دولتها به بازنشستگان و معلولین و بیکاران می‌کنند، از اهمیت پیشین همبستگی‌های خانوادگی تا اندازه‌ای کاسته است. زندگی ماشینی امروز روابط خویشان

۱. گذشته از ضمانت اجرای حقوقی و امکان مطالبهٔ نفقه از دادگاه، به موجب مادهٔ ۶۴۲ قانون مجازات اسلامی: «هر کس با داشتن استطاعت مالی نفقهٔ زن خود را در صورت تمکین ندهد و یا از تأدیهٔ نفقهٔ سایر اشخاص واجب النفقه امتناع نماید، دادگاه او را از سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس محکوم می‌نماید» و در مادهٔ ۲۲ قانون حمایت خانواده مجازات ترک انفاق حبس جنحه‌ای از سه ماه تا یک سال معین شده بود.

۲. مازو، ج ۲، ش ۱۲۱۲ ـ کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۲، ش ۱۲۹۸ ـ مارتی و رینو، ج ۱، بخش ۲، اشخاص، ش ۴۰.

نزدیک را سست و شکننده ساخته است و قانونگذاران سعی دارند تا تعاون اجتماعی را جایگزین همبستگی‌های خونی سازند. در تأمین اجتماعی، بیمه شده به طور مستقیم یا به وسیلهٔ کارفرما حق بیمهٔ خاصی را می‌پردازد تا به هنگام بیماری و پیری درماندگی یا حادثهٔ ناگوار از تعهد بیمه‌گر استفاده کند. اجرای این تعهد نیازهای ابتدایی او را رفع می‌کند و استحقاق بیمه شده را در گرفتن نفقه از خویشان از بین می‌برد. مؤسسه‌های بیمه یا صندوق‌های تأمین اجتماعی نیز در برابر پولی که می‌پردازند حق رجوع به خویشان نزدیک بیمه شده را ندارند، زیرا به تعهد خود در برابر بخشی از دستمزد گرفته شده وفا می‌کنند و تنها می‌توانند به مسؤول وقوع حادثه‌ای که سبب بیکاری و درماندگی شده است رجوع کنند و نزدیکان بیمه شده هیچ مسؤولیتی در این زمینه ندارند[1].

جامعهٔ ما در این راه هنوز بی تجربه و ناپخته است. اخلاق سنتی در خانواده‌ها تزلزل یافته، لیکن جاذبه‌های اجتماعی نیز نتوانسته است توده‌های مردم را به هم پیوند دهد. در این دوران انتقالی و بحرانی، جوانانی از خانواده‌ها بریده‌اند و در جامعه نیز مأمنی شایسته نیافته‌اند. مکتب پیشین به ویرانی رفته و دانشگاه آینده نیز در آرمان‌ها است. پس، هر کس به فکر خویش است و در بارهٔ دیگران، چنان که باید، احساس مسؤولیت نمی‌کند.

باید انصاف داد که اگر قوانین تأمین اجتماعی به درستی و با حسن نیت اجرا شود، از ضرورت دستگیری‌های فردی و خانوادگی کاسته می‌شود. منتها، باید افزود که، نه تنها امروز باید سنت‌های اخلاقی را در خانواده‌ها گرامی و مغتنم بداریم، در دورنمای آینده نیز هیچ‌گاه دولت نمی‌تواند نقش سرپرستی اجتماعی را، بی کمک خواستن از بنیادهای خانوادگی به خوبی ایفا کند.

۵۱۹. تقسیم مطالب:

مبحث مربوط به الزام به انفاق را ضمن چهار گفتار مطالعه می‌کنیم:

درگفتار نخست، تحقق این الزام بررسی می‌شود و در آن خواهیم دید که چه کسانی

۱. مازو، ج ۱، بخش ۲ خانواده، ش ۱۱۹۲.

ملزم به انفاق به یکدیگرند و تکلیف آنان در چه صورت تحقق می‌یابد.

درگفتار دوم، موضوع این الزام مورد گفتگو قرار می‌گیرد.

گفتار سوم به اجرای الزام به انفاق اختصاص دارد.

درگفتار چهارم، اوصاف الزام به انفاق و تفاوت نظام حاکم بر آن با سایر دیون مورد مطالعه واقع می‌شود.

گفتار نخست : تحقق الزام

۵۲۰. عوامل تحقق :

برای این که الزام به انفاق تحقق یابد، دو عامل اساسی باید با هم جمع شود:

۱. وجود خویشاوندی؛

۲. تمکن مالی یکی از دو خویشاوند و نیاز دیگری به کمک.

در واقع، خویشاوندی سبب الزام و تمکن مالی و نیاز طلبکار دو شرط تحقق این الزام است که به ترتیب مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

الف :خویشاوندی

۵۲۱. چه کسانی ملزم به انفاق یکدیگرند:

در این که پدر و مادر و فرزندان ملزم به انفاق به یکدیگر هستند هیچ تردیدی وجود ندارد، ولی دربارهٔ سایر خویشان اختلاف است: در فقه امامیه، نسبت به اجداد و جدات پدری و مادری تردیدهایی شده است،[1] ولی اعتقاد بر این که اجداد پدری و مادری نیز با نواده‌های خود ملزم به انفاق یکدیگر هستند چنان شهرت یافته که میان متأخران

۱. محقق، شرایع، در نفقات: «تجب النفقة علی الابوین و الاولاد اجماعاً و فی وجوب الانفاق علی آباء الابوین و امهاتهم تردد اظهره الوجوب...» ـ مختصر نافع (نقل از ریاض، ج ۲، کتاب نکاح، در نفقات) ـ و برای دیدن دلایل تردید، رک: فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۲۸۳.

قاعده‌ای است قطعی. در بارهٔ سایر خویشاوندان نیز تنها در قواعد علامه (ج ۲، کتاب نکاح، ص ۵۷) نقل شده است که بعضی انفاق بین وارثان را نیز واجب می‌دانند، ولی خود او و دیگران این نظر را مردود اعلام می‌کنند و انفاق به سایر خویشان و به ویژه وارثان را مستحب می‌شمارند.[1]

در مذهب حنفی، انفاق به برادر و خواهر و هر خویش را که نکاح با او حرام است واجب می‌دانند[2]. لیکن، در مذهب مالکی این الزام فقط میان خویشان صعودی و نزولی در خط مستقیم طرح شده است.[3]

در حقوق فرانسه، گذشته از خویشان نسبی در خط مستقیم، بین پدر و مادر و همسر و عروس یا داماد نیز تا زمانی که نکاح باقی است الزام به انفاق وجود دارد (مواد ۲۰۶ و ۲۰۷ ق.م.)، ولی خویشان در خط اطراف (مانند خواهر و برادر و اولاد آنان و اعمام) تعهدی در برابر یکدیگر ندارند، و تعهد به انفاق برادر و خواهر مستمند در زمرهٔ دیون طبیعی است. ولی، در قانون مدنی سویس (مادهٔ ۳۲۸ به بعد) و قانون مدنی ایتالیا (مادهٔ ۴۳۳) خواهران و برادران نیز در زمرهٔ خویشانی هستند که تعهد به انفاق در بین آنان وجود دارد[4].

مادهٔ ۱۱۹۶ قانون مدنی، در میان این اختلاف‌ها، عقیدهٔ مشهور در فقه امامیه را پذیرفته است، زیرا مقرر می‌دارد: **«در روابط بین اقارب فقط اقارب نسبی در خط عمودی، اعم از صعودی یا نزولی، ملزم به انفاق یکدیگرند»**. بدین ترتیب، در مورد تعهد به انفاق، مفهوم خانواده از مرز خاص و محدود خود فراتر می‌رود و الزام قانونی، گذشته از زن و شوهر و فرزندان، شامل خویشان در خط عمودی (اجداد و نواده‌ها) نیز می‌شود.

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد نکاح، کتاب نفقات: ج ۳۱، ص ۳۸۶ به بعد - سید محمد مجاهد، مناهل، کتاب نکاح - علامهٔ حلی، تحریر الاحکام، ص ۴۹.

۲. شیخ محمد طرابلسی، الفتاوی الکاملیة، ص ۳۷.

۳. شیخ احمد مالکی، بلغة السالک لاقرب المسالک، ج ۱، ۵۲۵ به بعد.

۴. کاربونیه، ج ۱، ش ۲۰۲، ص ۶۱۹.

۵۲۲. وضع خواهر و برادر:

از آن‌چه گفته شد، دانستیم که خویشان در خط اطراف در حقوق کنونی ملزم به انفاق یکدیگر نیستند. این قاعده را اخلاق عمومی در بارهٔ برادر و خواهر نمی‌پذیرد. در سنت‌های مذهبی نسبت به دستگیری از خویشان، به ویژه برادر و خواهر، تأکید بسیار شده است و دیدیم که در پاره‌ای از مذاهب عامه انفاق به برادر و خواهر را از واجبات شمرده‌اند.[۱]

در اخلاق، برادری نشانهٔ بارز همبستگی و همدلی است. وجدان عمومی و عرف مسلّم برادر توانگر را مکلف به دستگیری از برادر ناتوان می‌بیند و آنان که با حقوق سروکار ندارند با شگفتی حکم مادهٔ ۱۱۹۶ را می‌پذیرند و در درستی آن تردید دارند. پس، دین برادران و خواهران در دستگیری از هم در شمار دیون طبیعی است: یعنی، دینی که در وجدان اشخاص و اخلاق عمومی احساس می‌شود، ولی قانون حق رجوع به مدیون را برای طلبکار نشناخته است (مادهٔ ۲۶۶ ق.م.).[۲]

پس، هرگاه برادری توانا مالی را بابت نفقهٔ خواهر ناتوان خود به او بدهد، در واقع دین طبیعی خویش را پرداخته است و رابطهٔ آن دو را نباید تابع احکام هبه شمرد و برای مثال به واهب حق رجوع داد(مادهٔ ۸۰۳ ق.م.).[۳]

نسبت به سایر خویشاوندان نزدیک نیز، دادگاه می‌تواند با ملاحظهٔ درجهٔ همبستگی و علاقهٔ اعضای خانواده در عرف، انفاق را نشانهٔ وجود دین طبیعی شمارد.[۴]

۱. در فقه امامیه نیز این نظر به شیخ طوسی نسبت داده شده است که انفاق به وراث واجب است: فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۲۸۳.

۲. ناصر کاتوزیان، مقدمهٔ علم حقوق، چاپ ۷۰، ش ۳۴۲ به بعد ـ چنان که گفته شد، مادهٔ ۳۲۸ ق.م. سویس و مادهٔ ۴۳۳ ق.م. ایتالیا الزام به انفاق در رابطهٔ برادران و خواهران را نیز به طور محدودتر مقرر داشته است.

۳. برای تأیید این نظر در حقوق فرانسه: کاربونیه، ج ۱، ش ۲۰۲، بخش سیاست قانونگذاری ـ دیوان کشور، شعبهٔ عرایض، ۷ مارس ۱۹۱۱: دالوز ۱۹۱۳، ۱، ۴۰۴.

۴. انفاق به سایر خویشان و به ویژه وراث در فقه مستحب است: علامهٔ حلی، تحریر، ج ۲، ص ۴۹ ـ فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۲۸۳ ـ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۵، ص ۴۷۳ و بعضی انفاق به وراث را واجب دانسته‌اند، با استناد به آیهٔ ۲۳۳ از سورهٔ بقره که، بعد از حکم به انفاق فرزند، می‌فرماید، «وعلی الوارث مثل ذلک»

۵۲۳. وضع فرزند طبیعی:

دیدیم که طفل ناشی از روابط نامشروع زن و مرد فرزند آنان نیست و قانونگذار چنین نسبی را نمی‌شناسد(مادهٔ ۱۱۶۷ ق.م.)[1]. بنابراین، روابط زن و مرد خطاکار و چنین کودکی را نمی‌توان مشمول مادهٔ ۱۱۹۶ قرارداد و آنان را ملزم به انفاق یکدیگر شناخت. لیکن، آن‌چه انکارناپذیر به نظر می‌رسد این است که پدر و مادر طفل طبیعی از نظر اخلاقی در برابر ثمرهٔ گناه خود مسؤولیت دارند؛ دینی که وجدان عمومی و اخلاق می‌شناسد ولی قانون حق رجوع به مدیون را به طلبکار نداده است. پس، باید حق طفل نامشروع بر پدر و مادر را نیز در زمرهٔ حقوق طبیعی آورد. شناسایی این حق طبیعی به آن‌چه در بارهٔ لزوم حفظ خانواده و جلوگیری از روابط آزاد زن و مرد گفته شد منافات ندارد و به اعتباری در جهت تأیید آن است. زیرا، هر چه مسؤولیت ناشی از این گونه روابط افزوده شود، از گسترش آنها کاسته خواهد شد.[2]

اکنون، این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان از سرحد دین طبیعی نیز گذشت و به عنوانی پدر و مادر نامشروع را ملزم به دادن نفقهٔ طفل کرد؟ در پاسخ، دو راه حل گوناگون پیشنهاد شده است:

۱. پاره‌ای از استادان با الهام گرفتن از رویهٔ قضایی دادگاه‌های فرانسه، پیشنهاد کرده‌اند که پدر و مادر، از نظر تسبیب ورود ضرر و به عنوان مسؤولیت مدنی، ملزم به انفاق شوند.[3]

این پیشنهاد مبهم را بدین گونه باید تکمیل کرد که، هرگاه مردی برای ایجاد رابطهٔ نامشروعی که منتهی به ولادت فرزند طبیعی شده است به عمد یا در اثر بی مبالاتی

---

۱. رک: ش ۳۲۹.

۲. پاره‌ای از فقهای امامیه نیز در وجوب انفاق به فرزند طبیعی تردید کرده‌اند (سید محمد مجاهد، مناهل، کتاب نکاح).

۳. مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۱۸۳ ـ و به پیروی از ایشان، دکتر سید حسین صفایی، پلی کپی خانواده، نسب، ص ۲۸۵ ـ درکامن لا بچهٔ نامشروع نمی‌توانست از پدر خود نفقه بخواهد و مادر وظیفه داشت که از بچه خود نگاهداری کند ولی در دعوای (Douhty v. Engler) یکی از دادگاه‌های امریکا رأی داده است که در کامن لا پدر وظیفه دارد هزینهٔ نگاهداری بچهٔ نامشروع خود را بپردازد (کلارک، همان کتاب، ص ۱۵۳).

مرتکب تقصیر شود، مانند این که دختری را به وعدهٔ ازدواج بفریبد یا با تهدید و استفادهٔ ناروا از نفوذ خود حاضر به همخوابگی سازد، در زمرهٔ خساراتی که به دختر فریب خورده می‌پردازد، ممکن است به هزینهٔ زایمان و نگاهداری از ثمرهٔ رابطهٔ نامشروع، به عنوان زیان ناشی از تقصیر خود و بر مبنای قانون مسؤولیت مدنی (مواد ۱ و ۹)، محکوم شود. همچنین است در مواردی که ایجاد رابطهٔ نامشروع با زنی، به دلیل کمی سن یا دوشیزه بودن او و مانند اینها، جرم است[1].

مرد نیز در موارد مشابه می‌تواند از همخوابهٔ نامشروع خسارت بگیرد. چنان‌که، اگر زنی به وعدهٔ ازدواج پسری بی تجربه را بفریبد و پس از چندی زندگی مشترک و پیمان نامزدی را بر هم زند و به بهانه‌های نامشروع نوزادی را که از این نیرنگ و ریا به وجود آمده است در خانهٔ پسر رها کند و با دیگری برود، ممکن است به پرداختن هزینهٔ نگاهداری طفل، به عنوان خسارت ناشی از تقصیر، محکوم شود.

دادگاه می‌تواند خسارت را به طور مستمری تعیین کند (مادهٔ ۳ قانون مسؤولیت مدنی) و دعوای پدر یا مادر را که قربانی تقصیر دیگری شده و در عمل نیز نگاهداری از طفل را به عهده گرفته است بپذیرد. منتها، موفقیت در چنین دعوایی موکول بر این است که بتوان تقصیری را به خوانده نسبت داد و در موردی که زن و مرد آزادانه این راه نادرست را برگزیده‌اند راهگشای تأمین معاش و تربیت طفل نیست. به اضافه، اگر دادگاه سرپرستی کودک را به دیگری بسپارد یا تربیت و نگاهداری طفل را به مؤسسه‌ای واگذارد، پذیرفتن دعوا امکان ندارد و نمی‌توان مادر یا پدر را نسبت به هزینه‌ای که دیگری می‌پردازد زیان دیده محسوب کرد.

طرح دعوای خسارت به نمایندگی طفل نیز دشوار است، زیرا پدر و مادر قطع نظر از طبیعت روابط خود، مایهٔ زندگی او شده‌اند و «به وجود آوردن» را نمی‌توان مایهٔ ورود ضرر شمرد.

در حقوق فرانسه، که ازدواج زن و مرد پیش از به دنیا آمدن فرزند طبیعی نسب او را مشروع می‌کند، جایی که پدر یا مادر بدون عذر موجه نامزدی را برهم زده است، کودک

۱. کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۱۳۶۹ - ریپرو بولانژه، ج ۱، ش ۱۸۵۳.

ممکن است ادعا کند که تقصیر عهد شکن باعث محروم ماندن او از مزایای خانوادهٔ مشروع شده است، ولی در حقوق ما چنین فرضی را نمی‌توان کرد. همچنین، دعوای دادستان به عنوان حافظ حقوق عمومی نیز در دادگاه پیشرفتی ندارد، زیرا نه تنها توالد و تناسل را به اشکال ممکن است زیان اجتماعی شمرد، از نظر تجاوز به قوانین هم به طور معمول دادسراها عملی را تعقیب می‌کنند که در قانون جرم شناخته شده باشد. در حقوق کنونی، هر چند که تصور آن از نظر اصولی ممکن است، نمی‌توان دادستان را صالح برای اقامهٔ دعوا نسبت به همهٔ زیان‌های مادی شمرد که در نتیجهٔ تجاوز به قوانین به جامعه وارد شده است.

بدین ترتیب، دعوای مسؤولیت مدنی در تمام جنبه‌های خود با موانع اساسی روبرو است، چندان که نمی‌توان برای تأمین معاش کودک تنها به آن دل بست. شاید به همین دلیل است که تاریخ رویهٔ قضایی فرانسه نشان می‌دهد که دادگاهها به ندرت توانسته‌اند تنها بر مبنای مادهٔ ۱۳۸۲ قانون مدنی و مسؤولیت پدر و مادر معاش کودک طبیعی را تأمین سازند و ناچار شده‌اند که در غالب موارد از اجرای تعهد طبیعی پدر و مادر در نگاهداری از فرزند خود استفاده کنند[1].

۲. بر طبق قواعد عمومی تعهدات، اجرای تعهد به وفای دین طبیعی آن را به دین حقوقی تبدیل می‌کند[2].

در غالب موارد، دختر فریب خورده دست کم نامه‌ای از معشوق در دست دارد که در

۱. پلنیول و ریپر، ج۲، خانواده به‌وسیلهٔ رواست، ش ۸۸۷

۲. در حقوق فرانسه، استناد به دین طبیعی مربوط به نگاهداری از فرزند نامشروع از این لحاظ مفید است که جهت تعهد قراردادی پدر واقع می‌شود. زیرا، بر طبق قانون مدنی فرانسه، تعهد بدون جهت باطل است، پس تعهد پدر بر نگاهداری از فرزند طبیعی در صورتی می‌تواند ایجاد الزام کند که مبتنی بر جهت مشروع باشد. دین طبیعی پدر این جهت مشروع را برای تعهد قراردادی او فراهم می‌آورد. ولی، در حقوق ما که چنین ضرورتی وجود ندارد و تعهد قراردادی، خود به خود و قطع نظر از جهت آن، ایجاد الزام می‌کند و کافی است مبتنی بر جهت نامشروع مصرح در قرارداد نباشد، فایدهٔ مهم استناد به دین طبیعی پدر این است که تعهد قراردادی او را تابع طبیعت دین مبنای آن می‌سازد. بدین ترتیب، لزومی ندارد که موضوع تعهد پدر معین باشد (دیوان کشور فرانسه، شعبهٔ مدنی، ۱۴ ژانویه ۱۹۵۲: دالوز ۱۹۵۲، ۱۷۷۰). این تعهد به منظور وفای به عهدی است که پیش از آن به طور طبیعی وجود داشته و ناظر به تأمین هزینهٔ نگاهداری و تربیت کودک بوده است و ریشهٔ قراردادی ندارد.

آن به او وعده داده شده است که زندگی خود و فرزندش تأمین می‌شود. همچنین، گاه دیده می‌شود که معشوق گریزپا مدتی زندگی مادر و فرزند را به عهده گرفته و به طور ضمنی ملتزم به اجرای تعهد طبیعی خود شده است. دادگاه می‌تواند، بر مبنای این گونه تعهدهای صریح یا ضمنی و به استناد قراردادی که بین دختر و پدر طبیعی فرزند او بسته شده است، مرد را به اجرای آن و پرداختن هزینهٔ نگاهداری کودک محکوم سازد، بدون این که خود را درگیرودار دعوای مسؤولیت مدنی و اثبات تقصیر خوانده اسیر کند[1].

باید افزود که تعهد پدر دین مستقل و نو به وجود نمی‌آورد، بلکه به دین طبیعی او در باب نگاهداری از فرزند ضمانت اجرای حقوقی می‌بخشد به همین جهت، تعهد پدر تمام آثار دین مربوط به انفاق را دارد و تابع قواعد تعهدات قراردادی نیست: در زمرهٔ تعهداتی است که اثبات آن به حکم عادت نیازی به ارائهٔ سند ندارد(بند ۳ از مادهٔ ۱۳۱۲ ق.م.)؛ میزان آن تابع نیاز کودک و هزینهٔ زندگی است؛ لزومی ندارد به پول پرداخته شود و متعهد می‌تواند خود عهده‌دار نگاهداری و تربیت فرزند طبیعی گردد؛ به وارث دو طرف منتقل نمی‌شود و قرارداد خصوصی آن را از بین نمی‌برد.[2]

استناد به تعهد مربوط به نگاهداری از فرزند طبیعی، گذشته از این که الزام به انفاق را محدود به موارد تقصیر پدر نمی‌کند، برای فرزند طبیعی نیز امکان دارد و به مانند مسؤولیت مدنی ویژهٔ مادر نیست. همین مزیت باعث می‌شود که سرپرست کودک و دادستان نیز بتوانند به نمایندگی از طرف او اقامهٔ دعوا کنند و الزام متعهد را از دادگاه بخواهند[3].

۱. در حقوق انگلیس نیز از ۱۸۴۲ به بعد توافق و تعهد متقابل بین پدر و مادر طبیعی فرزند نامشروع در بارهٔ نگاهداری و تأمین معاش او الزام‌آور شناخته شده است(بروملی، همان کتاب، ص ۶۰۱).

۲. کولن و کاپیتان و لاموراندیر، ج ۱، ش ۱۳۶۹ ـ مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش ۲، خانواده، ش ۱۲۰۱، قرانت و تمرین درس ۱۸ ـ پلنیول و ریپر، ج ۲، خانواده، به‌وسیلهٔ رواست، ش ۸۸۷ ـ مارتی و رینو، ج ۱، بخش ۲، خانواده، ش ۳۹۳ ـ رأی دادگاه استان سن، ۱۴ مارس ۱۹۵۰ (دالوز ۱۹۵۰، رویهٔ قضائی، ۴۹۵) که در آن اقرار به نسب دلیل بر تعهد به انفاق دانسته شده است ـ و برای نظر مخالف، رجوع شود به، دیوان کشور فرانسه، ۲۵ اکتبر ۱۹۵۰ (دالوز ۱۹۵۱، رویهٔ قضایی، ۲ ـ مجلهٔ گازت دوپاله ۱۹۵۱، ۱، ۳۱).

۳. در مورد الزام به حضانت از فرزند نامشروع نیز می‌توان به تعهد طبیعی پدر و مادر و التزام صریح یا ضمنی آنان به اجرای این تعهد استناد کرد ـ گذشته از دو راه حلی که گفته شد، چون در حقوق ما نکاح در زمرهٔ ←

به هر حال، الزامی که در بارهٔ انفاق نسبت به خویشان طبیعی به وجود می‌آید، در حقوق ما متقابل نیست: یعنی، نمی‌توان ادعا کرد که فرزند نامشروع نیز از نظر اخلاقی یا در قوانین ملزم به تأمین معاش پدر و مادر یا اجداد طبیعی خویش است. همچنین، آن‌چه در بارهٔ مسؤولیت پدر و مادر گفته شد، به اجداد سرایت نمی‌کند و آنان هیچ الزامی در نگاهداری و تربیت نواده‌های طبیعی خود ندارند.

۵۲۴. کودکان تحت سرپرستی خانواده:

به موجب قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست، مورخ ۱۳۵۳/۱۲/۲۹ هر زن و شوهر مقیم ایران، که به دلایل پزشکی نتوانند صاحب فرزند شوند یا پنج سال از تاریخ ازدواج آنها گذشته باشد و از این ازدواج صاحب فرزند نشده باشند، می‌توانند با تصویب دادگاه کودکی را که به سن دوازده سال نرسیده است و پدر و مادر و جد پدری او شناخته نشده‌اند یا زنده نیستند، برای سرپرستی در خانواده بپذیرند.

کودکانی که بدین وسیله در خانواده‌ای پذیرفته شده‌اند از پاره‌ای جهات در حکم فرزند خانواده هستند. به موجب مادهٔ ۱۱ قانون: «وظایف و تکالیف سرپرست و طفل تحت سرپرستی او، از لحاظ نگاهداری و تربیت و نفقه و احترام، نظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر است». بنابراین، زن و شوهری که کودک را پذیرفته‌اند و کودکی که برای سرپرستی پذیرفته شده است، به مانند پدر و مادر و فرزند، مکلف به انفاق یکدیگرند. منتها، این تکلیف به روابط کودک با پدر و مادر و زن و شوهر پذیرنده سرایت نمی‌کند و الزام قانونی انفاق میان کودک و پدر و مادر حقیقی او را از بین نمی‌برد.

کودکی را که در نتیجهٔ تلقیح مصنوعی به خانواده‌ای پیوسته است، هر چند دارای نسب مشروع نباشد، می‌توان با وضع کودکان پذیرفته شده قیاس کرد و از این دیدگاه

ـ عقود تشریفاتی نیست و با ایجاب و قبول طرفین واقع می‌شود، ممکن است زندگی مشترک زن و مرد و معرفی زن به عنوان همسر نیز از طرف دادگاه اقرار ضمنی به زوجیت تلقی شود. در گذشته، رویهٔ قضایی دادگاههای ما متمایل بر این بوده است که در دلایل اثبات نکاح سختگیری نکند و با استفاده از امارات و شهادت شهود نیز پدر و مادر طبیعی کودک را همسران قانونی اعلام کند و بدین وسیله حقوق کودکان بی سرپرست را محفوظ دارد.

اولی شمرد. پدر یا مادری که چنین فرزندی را به اختیار ایجاد کرده‌اند دست کم او را به فرزندی برگزیده‌اند و به حکم قانون موظف به حضانت و انفاق به کودک هستند.

ب : نیاز طلبکار و تمکن بدهکار

۵۲۵. لزوم نیاز مستحق نفقه:

چنان‌که اشاره شد، حقی که در نتیجهٔ الزام به انفاق خویشاوندان به وجود می‌آید، از بسیاری جهات در شمار سایر طلب‌ها نیست. هدف از این الزام تأمین معاش کسانی است که توانایی آن را ندارند. به همین لحاظ، مادهٔ ۱۱۹۷ قانون مدنی تصریح می‌کند: **«کسی مستحق نفقه است که ندار بوده و نتواند به وسیلهٔ اشتغال به شغلی وسائل معیشت خود را فراهم سازد»**[1].

پس، برای این که شخص بتواند از خویشان در خط مستقیم خود نفقه بخواهد، باید ثابت کند که: ۱) دارایی کافی ندارد ۲) به وسیلهٔ کارکردن نیز نمی‌تواند امرار معاش کند. دو مفهوم نداری و ناتوانی بیشتر چهرهٔ عرفی دارد و دادگاه‌ها برای تفسیر این دو عنوان اختیار گسترده‌ای دارند و می‌توانند از اخلاق و عادات و رسوم اجتماعی الهام بگیرند.

این دو شرط، هم برای گرفتن نفقه لازم است و هم کافی و ضرورتی ندارد که خویش نیازمند مسلمان یا عادل و درستکار باشد.

داشتن اعتبار برای وام گرفتن استحقاق نفقه را از بین نمی‌برد؛ وامی که محلی برای پرداختن آن نباشد وام‌گیرنده را از فقر نمی‌رهاند. در این گونه موارد، وام دهندگان قصد تبرع و دستگیری دارند و هدف از الزام به انفاق خویشان این است که اعضای خانواده نیازهای مالی یکدیگر را تأمین کنند و همبستگی پدر و مادر و فرزندان مانع از احتیاج این گروه به دیگران شود. به همین جهت، اگر مستحق نفقه به دستور حاکم برای امرار معاش وام بگیرد، خویش دارا باید آن را بپردازد. اذن حاکم به منزلهٔ دستور موقت برای تأمین

۱. در مفاتیح الشرایع فیض کاشانی آمده است: «و المکتسب قادر کالغنی» (ج ۲، ص ۳۷۹).

نفقهٔ آینده است و اجرای مفاد آن استحقاق نیازمند و تکلیف مدیون را از بین نمی‌برد[1].

نداشتن دارایی تنها به ارزش اموال بستگی ندارد. امکان کارکردن نیز در محاسبهٔ نیاز در نظر گرفته می‌شود: کافی نیست که خواهان نفقه شغلی نداشته باشد؛ باید احراز شود که برای او امکان یافتن شغل ناممکن یا به غایت دشوار است. در موردی که خواهان نفقه دارای اموالی بی ثمر است که در بازار به آسانی قابل فروش است ولی درآمدی ندارد، باید گفت فروش چنین اموالی (مانند تابلوهای نقاشی و ظرف‌ها و مبل گرانبها) مقدم بر گرفتن نفقه از خویشان است و چنین مالکی را نمی‌توان «ندار» به شمار آورد[2].

لزومی ندارد که ناتوانی کارکردن در اثر نقص عضو (مانند کوری و زمین‌گیری) یا پیری و بیماری باشد. بی‌کار ماندن، اگر عمدی و ناشی از تنبلی و بیعاری نباشد، شرط مربوط به نیازمندی مستحق نفقه را تکمیل می‌سازد، هر چند که دلیل آن بحران اقتصادی در جامعه یا تقصیر پیشین مستحق باشد[3]. پس، اگر شخصی در اثر ارتکاب جرم و محروم ماندن از حقوق اجتماعی یا خودداری از تحصیل به وضعی دچار شود که نتواند شغلی بیابد و درمانده شود، می‌تواند از خویشاوندان توانگر نفقه بگیرد.

همچنین، اگر دختری از شوهر کردن امتناع کند و به خواستگاران شایستهٔ خود پاسخ رد بدهد و به درماندگی افتد، نمی‌توان ادعا کرد که، چون توانایی کسب نفقه را دارد یا پیش از این داشته است، حقی بر نفقه گرفتن از خویشان ندارد. به ویژه، که شوهر کردن در زمرهٔ مشاغلی نیست که به منظور امرار معاش اختیار می‌شود[4].

امکان پیشه ساختن شغلی مانع از استحقاق نفقه است که متعارف و متناسب با شؤون اجتماعی و بنیهٔ مزاجی شخص باشد. هیچ کس وظیفه ندارد برای امرار معاش جان خود را به خطر اندازد (مانند کارکردن در سیرک) یا به کاری دست زند که با شؤون اجتماعی و

۱. شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۹۴ ـ علامهٔ حلی، قواعد، ج ۲، ص ۵۷ و ۵۸.
۲. کاربونیه، ج ۱، ش ۱۹۹، ص ۶۱۲.
۳. در حقوق فرانسه، مازو، همان کتاب، ش ۱۲۰۷ ـ کاربونیه، همان کتاب ـ در فقه: شیخ محمد حسن نجفی، جواهر، نکاح، انتهای کتاب نکاح، در نفقات ـ دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۲۳۴ و ۲۳۵.
۴. جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۷۲ ـ دکتر امامی، همان کتاب ـ و برای دیدن نظر مخالف، شهید ثانی، همان کتاب ـ سبزواری، کفایه، ص ۱۹۶.

حیثیت او تناسب ندارد (مانند دربانی هتل برای سیاستمدار بازنشسته) یا اقدامی کند که با وضع مزاجی او سازگار نیست (مانند باربری برای بیمار قلبی)[1]. انتظار حقوق از اشخاص همیشه در حدود متعارف است. تمیز داوری عرف با دادگاه است و در هر جامعه رنگ خاص دارد و به‌طور نوعی نمی‌توان برای آن قاعده معین کرد.

این نکته را باید افزود که در اختلاف نسبت به نیاز خواهان نفقه، مدعی واقعی خواندهٔ دعوا است، زیرا او باید نادرستی صورتی را که خواهان از دارایی و درآمد خود ارائه می‌کند ثابت نماید و وجود اموال یا درآمدهایی را که سبب بی‌نیازی طرف او می‌شود نشان دهد.[2]

۵۲۶. تمکن مالی خوانده:

چنان که اشاره شد، انتظار حقوق از خویشان نزدیک نیز در حدود عرف است: باید از هم دستگیری کنند، ولی الزامی به فداکاری ندارند. کسی باید به دیگران انفاق کند که خود به تنگدستی نیفتد. مادهٔ ۱۱۹۸ قانون مدنی در این باره می‌گوید: «**کسی ملزم به انفاق است که متمکن از دادن نفقه باشد: یعنی بتواند نفقه بدهد، بدون این‌که از این حیث در وضع معیشت خود دچار مضیقه گردد. برای تشخیص تمکن باید کلیهٔ تعهدات و وضع زندگی شخصی او درجامعه در نظر گرفته شود**». تمکن شخص ممکن است در نتیجهٔ داشتن مال فراوان باشد یا توان اکتساب آن[3]. ولی، در هر حال باید شخص امکان انفاق را بعد از وضع نفقهٔ خود و همسرش داشته باشد[4].

در حکم قانون همهٔ ضوابط اساسی آمده است و فقط باید افزود که داوری دادگاه در

۱. فاضل مقداد در التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۲۸۴ می‌نویسد: «المراد بالاکتساب المانع من الوجوب هو مایلیق به فلاتجب علی ذی المروة و العالم التعرض للکنس والایقاد».

۲. پلنیول و ریپر، ج ۲، به‌وسیلهٔ رواست، ش ۳۴.

۳. علامهٔ حلی در قواعد نسبت به اعتبار این نظر اشکال کرده است و فخر المحققین در ایضاح (ج ۳، ص ۲۸۷) جهت اشکال را چنین بیان می‌کند که، از یک سو، الزام به انفاق در بارهٔ هرکدام از خویشان وجود دارد پس به طور اجتماع باید نفقه را بپردازند، و، از سوی دیگر، وجوب انفاق بر مکتسب منوط به این است که شخص دیگری برای انفاق وجود نداشته باشد و در فرض ما چنین نیست.

۴. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۳۷۴ ـ فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج ۱، ص ۳۷۹.

این باره که تا چه اندازه شخص می‌تواند، پس از وضع هزینه‌های شخصی و تأدیهٔ دیون، به سایر خویشاوندان یاری دهد تابع اوضاع و احوال دادرسی است. ضرورتها را باید از تفنن بازشناخت و انصاف را رعایت کرد؛ کاری که قاعده بر نمی‌دارد و به تناسب زمان و مکان در تغییر است.

باید افزود که ورشکستگی انفاق کننده به خودی خود تعهد او به انفاق را از بین نمی‌برد. زیرا، ورشکستگی نتیجهٔ توقف در تأدیهٔ دیون است و احتمال دارد که ورشکسته تمکن لازم برای پرداخت نفقه را داشته باشد[1]. ولی، هرگاه ثابت شود که ورشکسته تمام اموال و درآمدهای خود را از دست داده است، بر مبنای ناتوانی (نه ورشکستگی) از پرداخت نفقه معاف است.

گفتار دوم : موضوع الزام به انفاق

۵۲۷. معنی نفقه و عناصر آن:

مادهٔ ۱۲۰۴ قانون مدنی، در تعریف نفقهٔ اقارب، می‌گوید: «**نفقهٔ اقارب عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت به قدر رفع‌حاجت، با در نظرگرفتن درجهٔ استطاعت منفق**». ولی، چنان‌که در نفقهٔ زوجه نیز گفته شد، آن‌چه در قانون آمده به عنوان نمونه و مثال از مهم‌ترین نیازمندی‌های زندگی است و جنبهٔ انحصاری ندارد. بنابراین نمی‌توان ادعا کرد که هزینهٔ نظافت و بهداشت (مانند صابون، و شامپو و دستمزد سلمانی) یا رفت و آمد و سوخت در زمرهٔ ارکان نفقه نیست.[2]

لوازم زندگی را به دشواری می‌توان شمار کرد. پیشرفت تمدن و صنایع نیازهای تازه‌ای به وجود می‌آورد و مفهوم نیازهای پیشین را تغییر می‌دهد. چنان‌که، امروز برق و آب در شمار لوازم مسکن متعارف درآمده است ولی بی گمان تلفن و گاز نیز به همین صورت در می‌آید. از تفنن‌ها باید گذشت، ولی ضرورتهای زمانه را باید در نظر داشت.

۱. پلنیول و ریپر، ج ۲، به‌وسیلهٔ رواست، ش ۳۶، ص ۲۹.
۲. کاربونیه، ج ۱، ش ۲۰۰، ص ۶۱۳ ـ مارتی ورینو، ج ۱، بخش ۲ اشخاص، ش ۵۳

پس، در تعریف نفقه می‌توان گفت، حداقلی است از نیازهای زندگی که برای انسانی متعارف ضرورت دارد.

این نیازها را دادگاه بایستی در هر مورد خاص معین کند: برای مثال، مادر پیر و درمانده برای ادامهٔ زندگی به خادم و پرستار احتیاج دارد، در حالی که داشتن خادم برای جوانی که در دانشگاه تحصیل می‌کند از امور تشریفاتی است.

۵۲۸. میزان نفقه:

بر طبق مادهٔ ۱۲۱۴ ق.م. میزان نفقه بر مبنای دو عامل گوناگون تعیین می‌شود:

۱. احتیاج مستحق نفقه؛

۲. درجهٔ استطاعت انفاق کننده.

بنابراین، اگر انفاق کننده تمکن مالی به اندازهٔ کفایت داشته باشد، باید حداقلی از زندگی متعارف را برای خویشاوند نیازمند فراهم سازد. در تعیین این میزان شؤون اجتماعی و خانوادگی طرفین به حساب می‌آید:[1] یعنی باید دید عرف در چنان وضعی چگونه داوری می‌کند. لیکن، در موردی که مدیون نمی‌تواند نیازهای مستحق نفقه را چنان که شایسته است برآورد، باید به تناسب استطاعت او از این میزان کاست. پس، در واقع باید گفت نسبت میان احتیاج طلبکار و استطاعت بدهکار یا کم‌ترین مقداری که هر یک از این دو عامل ایجاب می‌کند، ضابطهٔ نهایی برای تعیین میزان نفقه است.[2]

این دو عامل متغیر مانع از ثبات میزان نفقه می‌شود. دگرگونی‌های هزینهٔ زندگی نیز بر ناپایداری میزان آن می‌افزاید، چندان که می‌توان گفت مقدار نفقه‌ای که دادگاه معین می‌کند، به ویژه اگر به پول ارزیابی شده باشد، اعتبار امر مختوم را تنها برای زمان صدور حکم دارد و کسی که مدعی تغییر آن است همیشه می‌تواند در این باره طرح دعوا کند[3].

۱. صاحب جواهر، در مورد لزوم توجه به وضع مستحق نفقه می‌نویسد: «الواجب قدر الکفایة من الاطعام و الکسوة... و غیر ذلک ممایحتاج الیه مماجرت العادة بانفاقه مع اعتبار اللائق بحاله فی الجمیع نحو ماسمعته سابقاً فی نفقة الزوجة» (جلد نکاح).

۲. مازو، همان کتاب، ش ۱۲۰۹ ـ کاربونیه، همان کتاب، ص ۶۱۵ ـ مارتی و رینو، ج ۲، ش ۵۳.

۳. پلنیول و ریپر، همان کتاب، ش ۴۰ ـ کاربونیه، همان کتاب ـ در تحریر علامهٔ حلی (ج ۲، ص ۵۰) آمده است ←

به بیان دیگر، مفاد حکم ایجاد دین به ارزش است نه دین پولی. به همین جهت، اگر از ارزش پول کاسته شود میزان پول نیز قابل تغییر است.

تغییر پذیری میزان نفقه باعث می‌شود که طلبکار در نتیجهٔ تنزل ارزش پول زیان نبیند. در توجیه این نتیجه گفته شده است که الزام به انفاق تعهد به دادن مبلغی پول نیست؛ موضوع آن تأمین زندگی طلبکار است، به هر قیمت که باشد. پس، مبلغی که دادگاه معین می‌کند، در واقع ارزش و معادل تعهد اصلی است که با توجه به قیمت‌های آن زمان محاسبه می‌شود[1].

در موردی هم که میزان نفقه با توافق انجام می‌شود، موضوع قرارداد موقتی و تابع زمان توافق است و هیچ‌یک از دو طرف نمی‌تواند، به بهانهٔ الزام‌آور بودن قراردادها یا سقوط حق طرف دیگر، آن را ثابت و تغییرناپذیر بداند[2]. فرض این است که توافق بر مبنای نیاز یک طرف و درآمد کنونی طرف دیگر انجام شده است. پس، در صورت تغییر شرایط، مفاد توافق نیز نیروی الزام‌آور خود را از دست می‌دهد، به ویژه که الزام به انفاق با نظم عمومی نیز ارتباط نزدیک دارد و قراردادهای خصوصی نمی‌تواند آن را از بین ببرد.

۵۲۹. هزینهٔ خانوادهٔ مستحق نفقه:

باید دید آیا هزینهٔ تأمین معاش خانوادهٔ مستحق نفقه نیز به عهدهٔ انفاق کننده است؟ برای مثال، اگر پدری مستمند باشد، فرزند ثروتمند تنها باید نیازهای مادی شخص او را در تعیین میزان نفقه در نظر آورد یا هزینهٔ ادارهٔ خانوادهٔ پدر (زوجه و فرزندان صغیر) نیز باید در محاسبه منظور شود؟

← که نفقه مقدار معین ندارد و به اندازه کفایت داده می‌شود ـ در مفاتیح الشرایع فیض کاشانی (ج۲، ص ۳۷۹) می‌خوانیم که: «ولا تقدیر فی النفقة، بل الواجب قدر الکفایة من الاطعام و الکسوة و المسکن و مایحتاج الیه من زیادة الکسوة فی الشتاء للتدثر نوماً و یقظة...».

۱. کاربونیه، همان کتاب.

۲. ریپرو بولانژه، ج ۱، ش ۲۰۵۶ ـ کولن و کاپیتان و لامور اندیر، ج ۱، ش ۱۳۰۸ ـ مارتی و رینو، ج ۱، بخش ۲، اشخاص، ش ۵۴.

بی گمان، هرگاه خانوادهٔ مستحق نفقه در زمرهٔ خویشان در خط مستقیم انفاق کننده نیز باشند، مخارج آنان باید پرداخته شود؛ چنان‌که، اگر زوجهٔ پدر همان مادر فرزند باشد، نفقهٔ او هم به عهدهٔ فرزند است. همچنین، در صورتی که مستحق نفقه فرزند باشد، تأمین معاش نواده‌های صغیر نیز بر عهدهٔ پدر است. لیکن، در این مثال‌ها، آیا مخارج زوجه پدر (در صورتی که مادر انفاق کننده نباشد) و فرزندان او (برادر و خواهر انفاق کننده) یا زوجهٔ پسر (عروس انفاق کننده) نیز بر عهدهٔ او است؟

ممکن است گفته شود که تکلیف حقوقی مربوط به انفاق به خویشان امری است استثنایی و باید در حدود الزام قانونی اجرا شود. قانون شخص را ملزم به انفاق نزدیکان در خط مستقیم می‌داند. هدف از انفاق نیز فراهم آوردن وسایل ادامهٔ زندگی است و انفاق کننده الزامی به پرداختن دیون و ایفای تعهدات خویشان ندارد. پس چگونه می‌توان کسی را به پرداختن نفقهٔ برادر و خواهر خود یا زنی بیگانه، به عنوان این که نفقهٔ آنان بر عهدهٔ پدر مستمند او است، مجبور کرد یا پدری را ناگزیر ساخت که نفقهٔ عروس خود را بپردازد.[1]

ولی، این استدلال تمام نیست و مسأله چنان‌که باید در آن طرح نشده است. هزینهٔ خانوادهٔ شخص در شمار نیازهای ابتدایی او است و اشتباه اصلی در همین نکته است که سرپرست خانواده را جدای از زن و فرزندان به حساب آورده‌اند. کسی که کودکانش از سرما بر خورد می‌لرزند و در خیابان مانده‌اند یا همسر بیمارش از بی غذایی و نداشتن دارو در شرف مرگ است، آیا با غذا و مسکنی که خویشان نزدیک به او می‌دهند رفع احتیاج می‌کند و می‌توان ادعا کرد که معاش او برای ادامهٔ زندگی تأمین شده است؟

اخلاق و عرف به این پرسش پاسخ منفی می‌دهد و زندگی متعارف پدر و زن و

۱. این استدلال در فقه امامیه نیز طرفداران زیادی دارد: در بارهٔ فرزندان پدر (برادر و خواهر) همه عقیده دارند که پسر الزامی به انفاق ندارد .ولی در مورد زوجهٔ پدر یا پسر اختلاف است و مشهور عقیده دارد که اگر مستحق نفقه نیاز به داشتن همسر داشته باشد، نفقهٔ او نیز، مانند خادم و به عنوان لزوم رفع احتیاج مستحق نفقه، به عهدهٔ انفاق کننده است (شیخ طوسی، مبسوط، منقول از حاشیهٔ قواعد، ج ۲، ص ۵۷ ـ محقق، شرایع، کتاب نکاح ـ علامهٔ حلی، همان کتاب، ص ۵۷ و ۵۸ ـ شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۵۹۴ ـ سید علی طباطبائی، ریاض، ج ۲، کتاب نکاح ـ سید محمد مجاهد، مناهل، کتاب نکاح ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد نکاح، نفقات).

فرزندان تحت تکفل او را جدای از هم نمی‌بیند. بنابراین، اگر واقعیت زندگی انسان‌ها را در نظر آوریم، باید نفقهٔ شخص را با توجه به مخارج شخصی او و کسانی که به حکم قانون در کفالت او هستند محاسبه کنیم[1].

۵۳۰. آیا نفقه به پول پرداخته می‌شود؟

موضوع الزام در نفقهٔ اقارب دادن مبلغی پول نیست. خویش توانگر باید و سایل زندگی نزدیکان مستمند را فراهم سازد: خانه‌ای در اختیار آنان گذارد و اثاث لازم را تهیه کند و پوشاک متناسب بخرد و غذای روزانهٔ ایشان را فراهم آورد. بنابراین، از نظر منطقی در هیچ صورتی مستحق نفقه نمی‌تواند انفاق کننده‌ای را که حاضر است خود وسایل زندگی او را تهیه کند به دادن پول ملزم سازد. همچنین، نمی‌تواند انفاق کننده را به دادن لباس و خانه و غذا مجبور سازد و هزینهٔ تهیهٔ این وسایل را از او نپذیرد. خویش توانگر ناگزیر به انفاق است، لیکن شیوهٔ آن را خود بر می‌گزیند.

اجرای این شیوهٔ منطقی از دو جهت دشوار است:

۱. دادگاه می‌تواند محکوم به انفاق را به دادن خانه و اثاث متناسب مجبور سازد، لیکن الزام او به انجام دادن کارهایی که باید به هنگام خود و بارها صورت پذیرد دشوار است. برای مثال، چگونه ممکن است اجرای دادگاه محکوم علیه را وادار سازد که برای مداوای مستحق نفقه به هنگام اقدام کند یا غذای روزانهٔ او را متناسب با وضع مالی و اجتماعی دو طرف فراهم آورد یا عهده‌دار رفت و آمدهای ضروری آنان شود؟ در حالی که گرفتن مبلغی پول از او به آسانی امکان دارد و اجرای حکم نیز نیاز به تفسیر قضایی پیدا نمی‌کند.

۲. دادن نفقه به وسیلهٔ فراهم آوردن وسایل زندگی با پذیرفتن مستحق نفقه در خانهٔ انفاق کننده باعث می‌شود که آزادی انسانی، به دلیل نداری و احتیاج، تابع ارادهٔ انسانی دیگر قرار گیرد. زیرا، با این ترتیب، مستحق نفقه دیگر نمی‌تواند به میل خویش زندگی کند؛ باید در خوراک و پوشاک و مسکن و معاشرتهای خود تحت سرپرستی انفاق کننده

۱. مارتی و رینو، همان کتاب، ش ۵۳ـ الکس ویل، حقوق مدنی، خانواده و حجر، ش ۵۲۷.

قرار گیرد. در حالی که این نظارت، جز در مورد محجوران، قابل اعمال نیست و با روح اصل احترام به شخصیت و آزادی اشخاص منافات دارد.

این دو اشکال اساسی موجب شده است که در عمل الزام به انفاق به صورت دادن مبلغی پول انجام پذیرد، و رویهٔ قضایی آن را متداول سازد و طرفین نیز بر همین مبنا با هم توافق کنند.

با وجود، این، هر جا که انفاق کننده توانایی پرداختن مبلغی پول را ندارد ولی قادر است مستحق نفقه را در خانهٔ خود بپذیرد، چاره‌ای جز این راه حل برای دو طرف باقی نمی‌ماند.

۵۳۱. آیا موضوع الزام به انفاق تملیک است یا امتاع:

می‌دانیم که تعهد خویشان ثروتمند به انفاق کسان مستمند خود از بسیاری جهات با سایر دیون تفاوت دارد، زیرا هدف از ایجاد این الزام احیای همبستگی بین خویشان و دستگیری از درماندگان است نه استقرار عدالت معاوضی. به همین جهت نیز این پرسش به میان می‌آید که آنچه را به عنوان نفقه به آنان داده می‌شود مالک می‌شوند یا فقط حق انتفاع از آن‌ها را می‌یابند؟

این پرسش در مورد نفقهٔ زن نیز مطرح شد (ج ۱)، لیکن ویژگی‌های الزام به انفاق خویشان ایجاب می‌کند که در این موضوع نیز مورد بررسی واقع شود:

در مورد مسکن و اثاث خانه و به طور کلی اموالی که در نتیجهٔ استعمال از بین نمی‌رود یا مدتها باقی می‌ماند؛ چنان‌که در نفقهٔ زن نیز گفته شد، همه اعتقاد دارند که انفاق به معنی تملیک نیست و مستحق نفقه فقط می‌تواند از آنها استفاده کند. لیکن، در مورد غذا و لباس و اشیائی که در برابر استعمال از بین می‌رود، بسیاری از نویسندگان دادن آن‌ها را نیز امتاع می‌دانند و بر همین مبنا نیز اعتقاد دارند که، اگر مستحق نفقه پیش از مصرف خوراکی‌ها یا لباس بی نیاز شود، باید آنها را بازگرداند[1].

۱. شهید ثانی، مسالک، ج ۱، ص ۵۹۴؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۱۷ ـ دکتر سید حسن امامی، ج ۵، ص ۲۳۹ ـ صاحب ریاض قوت روزانه را تملیک و لباس را مانند خانه و اثاث امتاع می‌داند.

ولی، باید انصاف داد که، هرگاه مصرف کالایی با از بین رفتن آن ملازمه داشته باشد و مالک آن را برای مصرف به دیگری بدهد، این اقدام جز تملیک عین نمی‌تواند مفهومی داشته باشد. منتها، چون تملیک به منظور رفع احتیاج است، همیشه با این شرط ضمنی همراه است که با بی نیاز شدن مستحق نفقه ملکیت از بین برود. پس، همان گونه که وجود خیار شرط برای فروشنده مانع از تملیک مبیع به خریدار نیست، این شرط فاسخ ضمنی نیز منافات با مالکیت مستحق نفقه ندارد[1]. در این ملکیت، حق فروش و سایر تصرفاتی که موجب اتلاف می‌شود از مالک سلب شده است، زیرا تملیک برای انتفاع است.

۵۳۲. تلف موضوع نفقه بعد از تسلیم:

در صورتی که موضوع نفقه بعد از تسلیم به مستحق آن تلف شود، خواه در اثر تقصیر گیرنده باشد یا حوادث خارجی، انفاق کننده ملزم است دوباره آن را تهیه کند. زیرا، چنان‌که گفته شد، آن‌چه در تمیز استحقاق گیرندهٔ نفقه اهمیت دارد نیاز او است نه علت آن. به همین جهت نیز، اگر مستحق نفقه در نتیجهٔ ارتکاب جرم یا تقصیر به نیستی کشانده شود، این دلیل از استحقاق او نمی‌کاهد.

این نتیجه، در صورتی هم که انفاق به خویشان تملیک باشد، درست است، چرا که تلف مال تملیک شده دوباره باعث نیازمندی خویش مستمند می‌شود. منتها، باید توجه داشت که، هرگاه تلف مال به گونه‌ای باشد که برای مستحق نفقه مسؤولیت مدنی به بارآورد، او نیز به میزان قیمت مال تلف شده مدیون مالک می‌شود. این دین با الزام مجدد انفاق تهاتر نمی‌شود وباید، همین که مسؤول مالی زیادتر از نفقهٔ ضروری خود به دست آورد، پرداخته شود.[2]

۱. پاره‌ای از بزرگان فقهاء نیز دادن لباس و غذا را تملیک یا نوع بخصوصی از آن دانسته‌اند، بدون این‌که به تحلیل مربوط به شرط فاسخ ضمنی توجه کنند (علامهٔ حلی، قواعد، ج ۲، ص ۵۸ ـ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر، ج نکاح).

۲. برای دیدن نظر مخالف، رجوع شود به، علامهٔ حلی، قواعد، ج ۲، ص ۵۸ ـ سید علی طباطبائی، ریاض، ج ۲.

گفتار سوم: اجرای الزام به انفاق

الف : دعوای مطالبهٔ نفقه

۵۳۳. دادگاه صالح و آیین دادرسی :

خویشان نیز، مانند زوجه، می‌توانند برای مطالبهٔ نفقهٔ خود به دادگاه رجوع کنند (مادهٔ ۱۲۰۵ ق.م.) دادگاه صالح برای رسیدگی، دادگاه خانواده محل اقامت خوانده و در نقاطی که دادگاه خانواده نباشد دادگاه عمومی است. دادگاه تابع تشریفات قانون آیین دادرسی مدنی نیست و می‌تواند هر نوع تحقیق و اقدامی را که برای روشن شدن موضوع دعوا و احقاق حق لازم بداند، از قبیل تحقیق از گواهان و مطلعین و استمداد از مددکاران اجتماعی و غیره، به هر طریق که مقتضی باشد، انجام دهد.

به طور کلی، دعوای مطالبهٔ نفقهٔ خویشان، از حیث تعیین دادگاه صالح برای رسیدگی و اجرای حکم و مانند اینها، تابع قواعد مربوط به سایر دعاوی خانوادگی است. ولی، در مواردی که فرزند طبیعی یا برادر و خواهر، به استناد قواعد مسؤولیت مدنی یا دین طبیعی، اقامهٔ دعوا می‌کنند، رسیدگی تابع قواعد عمومی دادرسی است.[۱]

مادهٔ ۱۲۰۵ که مبنای اصلی استحقاق خویشان به گرفتن نفقه است، در سال ۱۳۷۰ اصلاح شد و یکی از دشواری‌های الزام به انفاق را بدین شرح حل کرد: «**در موارد غیبت یا استنکاف از پرداخت نفقه، چنانچه الزام کسی که پرداخت نفقه بر عهدهٔ او است ممکن نباشد، دادگاه می‌تواند با مطالبهٔ افراد واجب النفقه به مقدار نفقه از اموال غایب یا مستنکف در اختیار آنها یا متکفل مخارج آنان قرار دهد، و در صورتی که اموال غایب یا مستنکف در اختیار نباشد، همسر وی یا دیگری با اجازهٔ دادگاه می‌توانند نفقه را به عنوان قرض بپردازند**

۱. علامهٔ حلی در تحریر (ج ۲، ص ۵۰) نظر داده است که، اگر خویشان به حاکم دسترسی نداشته باشند، می‌توانند خود به اندازهٔ رفع حاجت از مال کسی که ملزم به انفاق است و توانایی دارد بردارند، چراکه هدف از این تکلیف رفع نیاز ضروری است. این نظر را باید تنها در موردی پذیرفت که به واقع دسترسی به حاکم نباشد وضرورت زندگی این ممنوع را مباح سازد.

و از شخص غایب یا مستنکف مطالبه نمایند». بخش اخیر ماده این قاعده را که اگر شخص به اجبار مادی یا معنوی دین دیگری را بی اذن او بپردازد، می‌تواند از مدیون بگیرد تقویت می‌کند. پس از این قاعده در نفقهٔ زوجه نیز می‌توان استفاده کرد.

۵۳۴. لزوم مطالبهٔ نفقهٔ آینده:

مطالبهٔ نفقه باید ناظر به آینده باشد و از بابت گذشته نمی‌توان اقامهٔ دعوا کرد (مادهٔ ۱۲۰۶ ق.م.)[1]. ولی باید دید آیا مدعی می‌تواند نفقهٔ زمان دادرسی رانیز بخواهد یا اجرای حکم نیز باید نسبت به آینده باشد؟

بی گمان، دادگاه می‌تواند با صدور دستو موقت به مدعی اجازه دهد که از دیگران برای امرار معاش وام بگیرد یا به خوانده دستور دهد که هزینه‌های ضروری زندگی خواهان را تا پایان دادرسی بپردازد (مادهٔ ۲۰ قانون حمایت خانواده). لیکن، اگر دادرسی اقتضای صدور چنین دستوری را نداشته باشد یا خواهان درخواست نکند و از دادگاه بخواهد که از زمان تقدیم دادخواست نفقهٔ او محاسبه و موضوع حکم قرار گیرد، آیا محکمه می‌تواند این درخواست را بپذیرد؟

ممکن است ادعا شود که نفقهٔ اقارب بر ذمهٔ شخص باقی نمی‌ماند و همانند سایر دیون نیست. هدف از این الزام ممکن ساختن ادامهٔ زندگی برای خویشان مستمند است. پس، اگر در جریان دادرسی مدعی بتواند به زندگی خویش ادامه دهد، دیگر لزومی برای دادن نفقه به او وجود ندارد، خواه دلیل آن وام گرفتن باشد یا قبول صدقه و کمک‌های اجتماعی. به همین جهت است که قانونگذار نفقه را تنها برای آینده قابل مطالبه می‌داند و هزینه‌های پیشین را در زمرهٔ دیون خویش توانگر قرار نمی‌دهد. اکنون، اگر مدعی بتواند نفقهٔ زمان دادرسی را که بنا به فرض مربوط به گذشته است بخواهد، معلوم نیست چرا

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱ ،ص ۳۷۹ ـ فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج ۲، ص ۳۷۹ ـ این قاعده مورد انتقاد شدید بعضی از نویسندگان فرانسوی قرار گرفته است (مازو، همان کتاب، ش ۱۲۱۸ و رویهٔ قضایی جدید دادگاهها آن را مبتنی بر امارهٔ عدم احتیاج مستحق نفقه شمرده است. بنابراین، هرگاه مدعی ثابت کند که اقامهٔ دعوا نکردن او دلیل دیگری، مانند قوهٔ قاهره یا دور بودن از محل خوانده، داشته است، مطالبهٔ نفقه گذشته نیز امکان می‌یابد (رأی شعبه عرایض دیوان کشور، ۲۷ ژویه ۱۹۴۲ ـ دالوز، ۱۹۴۷۳، ۱۰).

در موارد دیگر برای او این مطالبه امکان ندارد؟

ولی، این استدلال فریبنده را نباید پذیرفت. زیرا، آن‌چه در مادهٔ ۱۲۰۶ قانون مدنی منع شده اقامهٔ دعوا برای نفقهٔ گذشته است. قانونگذار فرض می‌کند که مدعی برای ادامهٔ زندگی نیازی به طرح دعوا نداشته است. نفقه را نمی‌توان به عنوان طلب از خویشاوند ذخیره کرد، پس باید تنها در اندیشهٔ آینده بود. لیکن، در فرض ما، مستحق نفقه به دادگاه رجوع کرده و الزام مدیون را خواستار شده است. از این تاریخ او حق دارد، چنان که شایستهٔ او و متناسب با دارایی خوانده است، زندگی کند و نباید کندی جریان دادرسی این حق را از بین ببرد. به ویژه که ممکن نبودن مطالبهٔ نفقهٔ گذشته خوانده را تشویق می‌کند تا هر چه ممکن است دادرسی را به تأخیر اندازد. این جنگ و گریز بعد از صدور حکم نیز ادامه می‌یابد، زیرا محکوم علیه می‌داند که هر چه وقت تلف کند به سود اوست؛ نه تنها خسارتی از این بابت نمی‌پردازد، محکوم‌به نیز با گذشت زمان از بین می‌رود.

این ادعا که، چون مدعی تا زمان اجرای حکم زنده مانده است، به هر ترتیب امرار معاش کرده و حقی برای او باقی نمانده است، قابل انتقاد به نظر می‌رسد. زیرا، چنان‌که اشاره شد، قانون به او حق داده است که به اندازهٔ رفع حاجت و متناسب با دارایی خوانده نفقه بگیرد. پس، اگر ثابت کند که این نیاز در جریان دادرسی باقی بوده و او به دشواری خود را از مرگ نجات داده است، چرا باید ادعای او را نشنیده گرفت و از احیای حق تفویت شدهٔ او امتناع کرد؟

قانون مدنی گرفتن چنین نفقه‌ای را منع نکرده است و فقیهان امامیه نیز، به دلیل سادگی و سرعت دادرسی در نظام حقوق اسلامی، به این فرع نظر نداشته‌اند[1]. ولی، از این فتوا که گفته‌اند، هرگاه حاکم به دلیل غیبت یا امتناع مدعی علیه به مستحق نفقه امر کند که برای رفع نیاز خود وام بگیرد، پرداختن این وام بر ذمهٔ انفاق کننده است، استحقاق

۱. در شرایع محقق، بعد از اعلام این امر که نفقهٔ اقارب بر ذمه مستقر نمی‌شود، می‌افزاید «ولو قدرها الحاکم» وصاحب جواهر اضافه می‌کند «خلافاً لبعض العامة» (ج ۳۱، ص ۳۷۹). ولی، فرض ما مربوط به نفقهٔ آیندهٔ مورد مطالبه است.

مدعی در گرفتن نفقهٔ زمان دادرسی با مبانی افکار آنان نیز سازگار به نظر می‌رسد.[۱]

۵۳۵. اجرای حکم:

حکم دادگاه در مورد الزام به انفاق، بر طبق قواعد عمومی مربوط به اجرای احکام، اجرا می‌شود: در صورتی که محکوم علیه نفقه را بر مبنای دستور دادگاه نپردازد، از اموال او به اندازهٔ کافی فروخته می‌شود.[۲] به طور معمول، نفقه به صورت مستمری و برای آینده مقرر می‌گردد.پس، یکی از مهم‌ترین مسایل اجرایی این است که آیا برای هر قسط باید اجرائیه جداگانه صادر شود، یا یک بار کافی است و مأموران اجرا مکلفند، بر همان مبنا و تا زمانی که وضع جدیدی پیش نیامده است، مفاد حکم را اجرا کنند؟

تبصرهٔ مادهٔ ۲۵ قانون حمایت خانواده، پاسخ این پرسش را بدین شرح می‌دهد: «در مورد وجوهی که به موجب حکم دادگاه باید ماهانه و مستمراً از محکوم علیه وصول شود، یک بار تقاضای صدور اجرائیه کافی است و مأمورین اجرا مکلفند عملیات اجرایی را، مادام که دستور دیگری از دادگاه صادر نشده است ادامه دهند».

این حکم به صراحت نسخ نشده است و هیچ قانونی معارض با آن به تصویب نرسیده تا شائبهٔ نسخ ضمنی آن در بین باشد. پس، باید آن را محترم داشت و عملیات اجرایی را ادامه داد.

۵۳۶. اجرای الزام به طور غیر مستقیم:

چنان‌که گفته شد، دادرس نه تنها می‌تواند با صدور دستور فروش اموال محکوم علیه

۱. لوامره الحاکم بالاستدانة علی قریبه الواجب علیه الانفاق لغیبته او امتناعه و استدان استقرت فی ذمته بذلک و وجب علیه قضاؤها لانها صارت بذلک دیناً محضا (مسالک، ج ۲، ص ۵۹۴). دادگاه‌های فرانسه از این هم پیش‌تر رفته‌اند: به موجب رویهٔ این دادگاه‌ها هرگاه مستحق نفقه پیش از رجوع به دادگاه برای گذران معاش ضروری خود به اجبار وام گرفته باشد .طلبکار می‌تواند پرداخت آن را از بدهکار نفقه بخواهد (رأی شعبه مدنی دیوان کشور، ۲۸ فوریه ۱۹۳۸: دالوز هفتگی ۱۰۳۸، ۲۴۱ سیری ۱۹۳۸، ۱، ۱۴۸). مبنای این رویه و امکان رجوع به مدیون نفقه نیز «ادارهٔ فضولی مال غیر» و «استفادهٔ بدون جهت» دانسته شده است: ریپر و بولانژه، ج ۲، ش ۲۰۵۵.

۲. در فقه، حاکم می‌توانست مکلف را تا زمان پرداخت نفقه زندانی کند: علامهٔ حلی، تحریر الاحکام، ج ۲، ص ۵۰.

هزینهٔ انفاق را فراهم سازد، حق دارد به محکوم له اجازه دهد که از دیگران وام بگیرد (پاورقی ۵۳۴) .قانون اصلاح مادهٔ ۱۲۰۵ ق.م. مصوب ۱۳۷۰ شرح صلاحیت دادگاه را بدین عبارت توضیح داده است: «... دادگاه می‌تواند با مطالبهٔ افراد واجب النفقه به مقدار نفقه از اموال غایب یا مستنکف در اختیار آنها یا متکفل مخارج آنان قرار دهد و در صورتی که اموال غایب یا مستنکف در اختیار نباشد، همسر وی یا دیگری با اجازهٔ دادگاه می‌توانند نفقه را به عنوان قرض بپردازند و از شخص غایب یا مستنکف مطالبه نمایند». پرداخت این وام دین محکوم علیه و مستقر در ذمهٔ او است و به همین جهت نیز نمی‌تواند، بدین بهانه که مربوط به نفقهٔ گذشته است، از تأدیه آن خودداری کند. در توجیه دین کسی که ملزم به انفاق است، سه مبنای گوناگون پیشنهاد شده است:

۱. حاکم در این باره ولی یا نمایندهٔ قانونی محکوم علیه است. پس، هرگاه او اذن به وام گرفتن داده باشد، به منزلهٔ این است که وام دهنده به اذن مدیون (ملزم به انفاق) دین او را به طلبکار (مستحق نفقه) پرداخته باشد و بر طبق قاعدهٔ کلی وفای به عهد حق رجوع به مدیون را دارد(مادهٔ ۲۶۷ ق.م.).[1]

۲. هرگاه مستحق به حاکم دسترسی نداشته باشد یا تأخیر در دادرسی مانع از آن شود که او به موقع بتواند هزینهٔ امرار معاش خود را تحصیل کند، حق دارد از این بابت وام بگیرد و پرداخت این وام نیز با انفاق کننده است. زیرا، کسی که به واجب النفقهٔ دیگری وام می‌دهد، در واقع به حکم ضرورت به جای او تصمیم می‌گیردو بخشی از دارایی ملزم به انفاق را اداره می‌کند.[2]

مادهٔ ۳۰۶ قانون مدنی، در بیان شرایط رجوع ادارهٔ کنندهٔ مال غیر به او، می‌گوید: «اگر کسی اموال غایب یا محجور و امثال آنها را بدون اجازهٔ مالک یا کسی که حق اجازه دارد اداره کند باید حساب زمان تصدی خود را بدهد. در صورتی که تحصیل اجازه در موقع مقدور بوده یا تأخیر در دخالت موجب ضرر نبوده است حق مطالبهٔ مخارج نخواهد داشت. ولی، اگر عدم دخالت یا تأخیر در دخالت موجب ضرر صاحب مال باشد،

۱. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱ (نکاح)، ص ۳۳۹.
۲. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۰۵۵ ـ مارتی و رینو، ج ۱، اشخاص، ش ۵۶.

دخالت کننده مستحق اخذ مخارجی خواهد بود که برای اداره کردن لازم بوده است».

۳. وام دهنده حق دارد به مدیون نفقه به عنوان «استفاده کنندهٔ بدون جهت» رجوع کند. کسی که ملزم به انفاق است، در نتیجهٔ کار وام‌دهنده، از مال او استفاده‌ای کرده که استحقاق آن را نداشته است. پس، باید آن‌چه را به ناروا سود برده است به صاحبش برگرداند (مواد ۳۰۱ به بعد ق.م.)[1].

دو مبنای اخیر دامنهٔ امکان رجوع وام دهنده را به مدیون نفقه گسترش می‌دهد. زیرا، بر مبنای نخست، که میان فقیهان امامیه شهرت دارد[2] و مادهٔ ۱۲۰۵ اصلاح شدهٔ ق.م. نیز از آن پیروی کرده است، ملزم به انفاق تنها مدیون وامی خواهد شد که به اذن دادرس گرفته شده باشد. ولی، بر مبنای دوم و سوم، که علمای حقوق و دادگاههای فرانسه طرفدار آن هستند، در مواردی هم که مستحق نفقه برای نیاز خود و بدون رجوع به دادگاه ناچار از وام‌گرفتن می‌شود، ملزم به انفاق را مدیون می‌سازد. منتها، بر مبنای دوم، وام‌دهنده تنها در صورت ضرورت و در موردی که مدیون به انفاق غایب یا محجور است، می‌تواند به او رجوع کند. ولی، بر مبنای «استفادهٔ بدون جهت» در مورد استنکاف مدیون و امکان رجوع به دادگاه نیز دین تحقق می‌یابد.

به نظر می‌رسد که هر سه مبنا در موارد گوناگون قابل استفاده است و نمی‌توان الزام مدیون نفقه به پرداختن طلب شخص ثالث را محدود به موردی ساخت که به امر دادگاه وام گرفته شده باشد. زیرا، ادارهٔ مال غیر و استفادهٔ بدون جهت نیز از منابع ایجاد دین در حقوق کنونی است و بی اعتنایی به این منابع نتایج نامطلوبی به بار می‌آورد. برای مثال، اگر مادری از کودکی که نفقهٔ او به عهدهٔ پدر است نگاهداری کند و برای گرفتن هزینه‌هایی که متحمل شده است به دادگاه برود، آیا می‌توان در پاسخ او گفت که، چون دین پدر را بدون اذن او پرداخته است، حق رجوع به مدیون را ندارد؟

در این مثال، مادرناگزیر از پرداختن نفقهٔ کودک بوده است، زیرا هیچ مادری نمی‌تواند

۱. کاربونیه، ج ۱، ش ۲۰۰، ص ۶۱۴ - ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۰۵۵.

۲. نظر مخالف به فاضل هندی صاحب کشف اللثام نسبت داده شده که گفته است، برای رفع حرج از مستحق، در مورد لزوم، وام‌گرفتن او به حساب ملزم به انفاق مجاز است (نقل از جواهر الکلام، همان جلد).

ناظر مرگ و بیماری یا گرسنگی فرزند باشد و در آن هنگام به روابط مالی خود با پدر بیندیشد. پدر از این وضع سود برده و از مال دیگری برای ایفای دین خود استفادهٔ بدون جهت کرده است و باید آن را جبران کند.

در رویهٔ قضایی، نیز تا آنجا که اطلاع داریم، در چنین موردی دادگاه در پی احراز تکلیف پدر به دادن نفقه و میزان آن است و در استحقاق مادری که آن را پرداخته است کمتر تردید می‌شود. طلب مادر بسان سایر تعهدها قابل مطالبه است، هر چند نسبت به گذشته باشد. زیرا، مبلغ خواسته، به عنوان طلب کسی که از اموال او استفادهٔ بدون جهت شده یا بر طبق قانون و قرارداد استحقاق گرفتن پولی را دارد، مطالبه می‌شود و اوصاف ویژهٔ نفقهٔ اقارب را ندارد.

با وجود این، در اجرای قاعدهٔ «استفادهٔ بدون جهت» نباید گشاده‌دستی کرد و هرکس را که نفقهٔ خویشاوند نزدیک دیگری را پرداخته است طلبکار او شناخت. ثالثی که نفقه را می‌دهد نباید به قصد تبرع یا پرداختن دین ملزم به انفاق اقدام کرده باشد؛ بایستی به حکم قانون یا قرارداد یا عرف ناگزیر از پرداختن نفقه باشد.

ب : تعدد انفاق کننده

۵۳۷. نفقهٔ اولاد؛ طرح اشکال:

از پیش دانستیم که نگاهداری و تربیت کودک به عهدهٔ پدر و مادر است و آنان در اجرای تکلیف خویش باید هزینه‌های لازم را بپردازند. ولی، باید دانست که تکلیف پدر و مادر در دادن نفقه به فرزند ناتوان بعد از رسیدن به سن رشد نیز ادامه می‌یابد و، هرگاه آنان توانایی تأمین هزینهٔ زندگی فرزند را نداشته باشند، اجداد پدر و مادر باید این وظیفه را عهده‌دار شوند. بدین ترتیب، چه در مرحله‌ای که پدر و مادر نفقهٔ فرزند را تأمین می‌کنند، و چه در صورتی که اجداد این وظیفه را بر عهده می‌گیرند، انفاق کنندگان متعدد هستند.

تعدد انفاق کنندگان اجرای الزام به انفاق را با دو مشکل اساسی روبرو می‌کند:

۱. ترتیب تقدم و تأخر بین انفاق‌کنندگان چگونه است؟

۲. در مواردی که چند نفر ملزم به انفاق هستند، اجرای تکلیف مشترک چگونه انجام می‌شود؟ آیا می‌توان ادعا کرد که آنان مسؤولیت تضامنی دارند؟ یا بایستی هر کدام را تنها مسؤول سهم خویش قرار داد؟

۵۳۸. ترتیب تقدم و تأخر:

در مادهٔ ۱۱۹۹ قانون مدنی، ترتیب تقدم بین کسانی که نفقهٔ اولاد را به عهده دارند بدین شرح معین شده است: «نفقهٔ اولاد بر عهدهٔ پدر است. پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به انفاق به عهدهٔ اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب. در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها نفقه بر عهدهٔ مادر است».

هرگاه مادرهم زنده یا قادر به انفاق نباشد، با رعایت الاقرب فالاقرب، به عهدهٔ اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب النفقه است...»[1].

پس، در قانون مدنی انفاق‌کنندگان به اولاد به چهار طبقه تقسیم شده‌اند: ۱) پدر ۲)اجداد پدری ۳) مادر ۴) اجداد و جدات مادری و جدات پدری.

الزام خویشان هر طبقه منوط بر این است که از گروه قبل کسی زنده یا قادر به انفاق نباشد. در درون طبقهٔ دوم و چهارم نیز الزام به انفاق به ترتیب درجهٔ قرابت است: بدین معنی که از بین اجداد، آنان که با مستحق نفقه خویشی نزدیک‌تر دارند مقدم هستند. این طبقه‌بندی با آن‌چه درجهٔ قرابت را معین می‌کند تفاوت دارد. بنابراین، هرگاه کسی مادر و پسری متمکن داشته باشد، با این که هر دو در یک درجه از قرابت هستند، نفقه را تنها پسر می‌دهد[2].

مادهٔ ۱۲ قانون حمایت خانواده، دادگاه را مکلف ساخته است که، هنگام صدور

۱. این ماده ترجمهٔ فارسی از قواعد علامه است: ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۸۶.

۲. در قواعد علامه می‌خوانیم: «ولو کان ابن و ام فالنفقة علی الابن...»: ایضاح، ج ۳، ص ۲۸۶. این حکم از مفاد مادهٔ ۱۲۰۱ ق.م. نیز بخوبی برمی‌آید. در همین کتاب آمده است. «و لو کان لهام و بنت، احتمل التشریک و اختصاص البنت بالنفقة».

گواهی عدم امکان سازش، اگر قرار شود فرزندان نزد مادر یا شخص دیگری بمانند، ترتیب نگاهداری و میزان هزینهٔ آن را معین کند. به موجب این ماده: «نفقهٔ اولاد از عواید و دارایی مرد یا زن یا هر دو حتی از حقوق بازنشستگی استیفاء خواهد گردید...».

با این‌که مادهٔ ۱۲ ناظر به موردی است که زن و شوهر در صدد جدایی از هم برآمده‌اند به نظر می‌رسد که قانونگذار خواسته بود، در برابر حق ولایتی که به مادر داده است، او را در تحمل هزینهٔ نگاهداری نیز در زمرهٔ خویشان طبقهٔ اول قرار هد و مقدم بر اجداد پدری شمارد. ولی، پس از اصلاح قانون مدنی و حفظ مادهٔ ۱۱۹۹ و با توجه به لزوم همگامی قوانین با احکام شرع، در حقوق کنونی، نه مادر بر فرزند خود ولایت دارد نه در الزام به انفاق در کنار پدر قرار می‌گیرد. ترتیب تقدم و تأخر بین انفاق‌کنندگان همان است که در مادهٔ ۱۱۹۹ ق.م. پیش‌بینی شده است: یعنی پدر و پس از او اجداد پدری بر مادر مقدم هستند.[1]

۱. سؤالی که در قانون حمایت خانواده بدون پاسخ مانده بود این که، در طبقهٔ اول آیا پدر و مادر در عرض یکدیگر قرار دارند یا هنوز هم پدر در مرحلهٔ نخست باید عهده‌دار نفقهٔ فرزندان خانواده شود؟
در پاسخ این سؤال گفته می‌شد (چاپ نخست همین کتاب، ش ۴۳۶):
ممکن است ادعا شود که در قانون ترتیبی بین پدر و مادر وجود ندارد، چنانکه بر طبق مادهٔ ۱۲ نیز دادگاه اختیار دارد که نفقهٔ اولاد را به عهدهٔ هر یک از پدر و مادر یا هر دو قرار دهد. ولی، این ادعا را در زمانی که رابطهٔ زناشویی بین پدر و مادر وجود دارد، بی‌گمان باید مردود شمرد. زیرا، در این دوران نفقهٔ زن نیز به عهدهٔ شوهر است و او باید، به عنوان رئیس خانواده، معاش زن و فرزند را فراهم سازد.
در دوران جدایی نیز مقدم شمردن پدر بر مادر قوی‌تر به نظر می‌رسد. انحلال خانواده از تکلیفی که مرد نسبت به فرزندان خود دارد نمی‌کاهدو بر مسؤولیت زن نمی‌افزاید. به همین جهت، دادگاه نیز در صورتی به تعیین نفقهٔ فرزندان و ترتیب تأدیهٔ آن می‌پردازد که قرار شود آنان نزد مادر یا شخص دیگری بمانند. مفهوم شرط مقرر در مادهٔ ۱۲ این است که، هرگاه فرزندان نزد پدر باشند، نفقه‌را خود او می‌پردازد و نیازی به دخالت دادگاه وجود ندارد.
با وجود این، از روح مادهٔ ۱۲ چنین بر می‌آید که، هرگاه پدر توانایی پرداختن نفقه‌ای را که مصلحت طفل اقتضا می‌کند نداشته باشد، دادگاه حق دارد کمبود آن را از دارایی زن تأمین کند. مصلحت طفل، با توجه به وضع متعارف در خانوادهٔ او در نظر گرفته می‌شود و در این معیار دارایی مادر نیز به مانند پدر مؤثر است.
ولی، در حقوق کنونی، کمبود توانایی مالی پدر را در مرحلهٔ نخست اجداد پدری جبران می‌کنند و، در صورت مرگ یا ناتوانی آنان، نوبهٔ مادر فرا می‌رسد.

۵۳۹. حدود تکلیف انفاق‌کنندگان: عدم تضامن بین آنان:

در پاره‌ای موارد، چند تن به حکم قانون ملزم به انفاق اولاد نیازمند خود هستند و هیچ گونه درجه و طبقه‌ای بعض از انفاق کنندگان را بر بعضی دیگر مقدم نمی‌دارد:

برای مثال، کودکی جدهٔ پدری و جدهٔ مادری دارد که باید معاش او را تأمین کنند. پس، این پرسش مطرح می‌شودکه حدود تکلیف این اشخاص تا چه میزان است؟ آیا مستحق نفقه می‌تواند برای مطالبهٔ تمام هزینهٔ زندگی خود به هر کدام که می‌خواهد رجوع کند، یا هر متعهد به اندازهٔ سهم خویش مسؤولیت دارد؟[1]

مادهٔ ۱۱۹۹ قانون مدنی در پاسخ این پرسش مقرر می‌دارد: «.. اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجهٔ اقربیت مساوی باشند نفقه را باید به حصهٔ مساوی تأدیه کنند».

با وجود این، باید توجه داشت که اجرای قاعدهٔ مندرج در قانون مدنی از دو جهت با اشکال روبرو است:

یکی از عوامل تعیین کنندهٔ میزان نفقه درجهٔ استطاعت منفق است (ش ۵۲۸). پس، اگر چند تنی که ملزم به انفاق هستند از حیث میزان دارایی اختلاف فاحش داشته باشند، نفقه‌ای که از هرکدام می‌توان خواست با دیگری تفاوت پیدا می‌کند در چنین فرضی، استطاعت کدامیک از انفاق کنندگان باید معیار تعیین میزان نفقه باشد تا بتوان آن را به تساوی تقسیم کرد؟

بدیهی است ترجیح هر کدام بر دیگری بی مورد است و ضابطهٔ پیش‌بینی شده در مادهٔ ۱۲۰۴ (که میزان نفقه را وابسته به میزان حاجت مستحق نفقه و درجهٔ استطاعت منفق می‌داند) با حکم تساوی الزام بین انفاق‌کنندگان تعارض دارد. پس، ناچار باید حکم

---

۱. در حقوق قدیم فرانسه، پوتیه (قرارداد زواج) اعتقاد داشت که مکلفان به انفاق مسؤولیت تضامنی دارند و مستحق نفقه می‌تواند برای گرفتن تمام حق خود به هر کدام که می‌خواهد رجوع کند و پرداخت کننده نیز به نوبهٔ خود حق رجوع به سایر مکلفان را دارد: پلنیول و ریپر، ج ۲، به‌وسیلهٔ رواست، ش ۵۷. هم اکنون این نظر در میان دادرسان و نویسندگان (مازو، ج ۱، بخش ۲، ش ۱۲۲۳) طرفدارانی دارد: کاربونیه، در کتاب حقوق مدنی خود(ج ۱، ش ۲۰۱) از یک رأی دیوان کشور فرانسه یاد می‌کند که دعوای مستحق نفقه را نسبت به تمام آن بر یکی از مکلفان انفاق پذیرفته است. ولی او، مانند بیشتر نویسندگان، حکم را مخالف قواعد می‌داند.

به تساوی را ناظر به موردی شمرد که همهٔ انفاق‌کنندگان بتوانند آن‌چه را که شایستهٔ یک زندگی متعارف برای مستحق نفقه است فراهم سازند یا از حیث استطاعت بین آنان تفاوت فاحشی نباشد. ولی، جایی که یکی از آنان به مراتب ثروتمندتر از دیگری است، دادگاه باید میزان احتیاج متعارف مستحق نفقه را در نظر آورد و آن را به تساوی تقسیم کند. در این صورت، هرگاه انفاق کنندهٔ فقیرتر نتواند همهٔ آن‌چه را که معین شده است بپردازد، الزام او به تناسب میزان توانائی مالیش کاهش می‌یابد.

در چنین فرضی، مسؤولیت مشترک اعضای خانواده در برابر یکدیگر ایجاب می‌کند که انفاق کنندهٔ داراتر ناتوانی دیگری را جبران کندو از میزان نفقهٔ فرزند کاسته نشود. همین ترتیب را قانون حمایت خانواده در مورد الزام پدر و مادر به انفاق فرزند رعایت کرده بود و به دادگاه اختیار می‌داد تا در صورت لزوم نفقه را از دارایی هر دو به هر میزان که عادلانه می‌بیند تأمین کند. با وضع کنونی مادهٔ ۱۱۹۹ قانون مدنی، اجرای این قاعده در الزام اجداد اندکی دشوار می‌نماید، لیکن رویهٔ قضایی با روشن‌بینی می‌تواند آنرا در مورد الزام پدر و مادر و اجداد رعایت کند و به مصلحت طفل و تربیت شایستهٔ او بیش از رعایت تساوی بین انفاق‌کنندگان بیندیشد.

۲. لزوم برابر داشتن اجداد این توهم را به وجود می‌آورد که، در صورت تعدد انفاق کنندگان، هرکدام تنها به پرداختن سهم خویش ملزم است و با ایفای این سهم بری می‌شود، در حالی که هیچ منطق سلیمی نمی‌تواند، در مورد اعسار یکی از دو انفاق کننده، کودک را ناگزیر از قناعت به نیمه سیر شدن یا به مدرسه نرفتن بداند تا انفاق کنندهٔ ثروتمند از پرداختن نیمی از نفقه که به عهدهٔ معسر است معاف شود.

در این گونه موارد، خویشان نزدیک وظیفه دارند که معاش طفل را تأمین کنند. این بار را باید به اشتراک بر دوش کشند؛ مسؤولیت تضامنی ندارند، لیکن الزامشان جمعی است و با هم ارتباط دارد[1]. به همین جهت، اگر یکی از آنان معسر یا غایب باشد، دیگری باید

۱. صاحب جواهر، پس از نقل گفتهٔ فقیهان، مبنی بر این‌که انفاق‌کنندگان در یک درجه به طور مساوی باید نفقه را بپردازند، احتمال می‌دهد که اگر اجماع نبود ممکن بود گفته شود که وجوب کفایی است یا مستحق نفقه (مانند موردی که مالک به غاصبان رجوع می‌کند) اختیار دارد که به هر کدام از انفاق‌کنندگان به انتخاب خود رجوع کند←

این نقص را جبران کند. تقسیم مساوی تعهد منوط به امکان آنست و تنها جایی اجرا می‌شود که انفاق‌کنندگان حاضر باشند و از نظر مالی بتوانند نفقه را بپردازند. لیکن در حالتی که یکی از انفاق‌کنندگان معسر است یا مستحق نفقه به او دسترسی ندارد، از نظر الزام به انفاق، در حکم موردی است که وجود خارجی ندارد[1].

۵۴۰. امکان رجوع انفاق‌کنندگان به یکدیگر:

پرسشی که باقی مانده این است که، هرگاه یکی از انفاق‌کنندگان به دلیل اعسار یا غیبت دیگران تمام نفقه را بپردازد، آیا حق رجوع به غایب یا معسر را دارد؟

پاسخ این پرسش نیز دشوار است: از سویی، می‌توان گفت در مورد اعسار و غیبت یکی از دو انفاق کننده، الزام به انفاق متوجه دیگری می‌شود. پس، او در این هنگام دین خود را می‌پردازد و پرداخت نفقه به نیابت از طرف معسر یا غایب انجام نمی‌شود تا رجوع به آنان ممکن باشد. از سوی دیگر، استدلال می‌شود که در این فرض غایب و معسر از دارایی پرداخت کننده برای ایفای دین خود استفادهٔ بدون جهت کرده‌اند وباید آن را جبران کنند.

برای رسیدن به نتیجهٔ درست، باید بین اعسار انفاق کننده وغیبت و استنکاف او از تأدیهٔ نفقه تفاوت گذارد: در مورد اعسار، چون داشتن استطاعت از شرایط ایجاد تکلیف برای انفاق است، معسر در آن حال دینی نداشته است تا بتوان گفت خویشاوند هم درجه یا دورتر دین او را پرداخته است. بنابراین، پس از برخورداری از توان مالی نیز رجوع به او امکان ندارد.[2] لیکن، در صورت غیبت یا استنکاف، دین خویشاوندی که ملزم به انفاق

ـ و در توجیه نظر خود می‌افزاید: «لاقتضاء الخطاب تکلیف کل واحد منهم بتمام النفقة لا النصف او الثلث مع التعذر....» (جلد نکاح، انتهای کتاب نکاح، نفقات) ـ در تأیید این نظر و با استدلالی مشابه در حقوق فرانسه: مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش ۲، ش ۱۲۲۳ ـ منتها، با این قید که خوانده بیش از میزانی که در صورت تنها بودن وظیفه داشت، در این فرض نیز نمی‌پردازد (obligation in solidum). با وجود این، چنان که گفته شد، از ارتباط این تعهدها نمی‌توان نتیجه گرفت که مسؤولیت بین آنان تضامنی است و مستحق نفقه می‌تواند برای مطالبهٔ تمام آن به هر کدام که می‌خواهد رجوع کند، زیرا این نتیجه با مواد ۱۱۹۹ و ۱۲۰۱ منافات دارد.

۱. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۰۶۷.

۲. همچنین است در جایی که انفاق‌کنندهٔ نزدیک‌تر معسر است و خویش دورتر ملزم به انفاق می‌شود (جواهر الکلام، همان جلد - مسالک الافهام، ج ۱، ص ۵۹۵).

است از بین نمی‌رود. خویشاوند دورتر هم درجه، به حکم دادگاه یا در نتیجهٔ اضطرار، ناگزیر شده است که دین او را بپردازد و به همین جهت به عنوان نیابت یا «استفادهٔ بدون جهت» یا «ادارهٔ اموال غیر» حق دارد آن‌چه را که داده است از او بگیرد[1].

موضوع دعوای خویشاوندی که دین دیگری را پرداخته و برای گرفتن آن رجوع کرده است، اوصاف نفقهٔ اقارب را ندارد؛ دارای مبنای مستقلی است و به همین دلیل نیز در بارهٔ پرداختن نفقهٔ گذشته نیز قابل مطالبه به نظر می‌رسد.

۵۴۱. نفقهٔ ابوین و اجداد:

به موجب مادهٔ ۱۲۰۰ قانون مدنی، نفقهٔ پدر و مادر به عهدهٔ فرزندان است و، در صورتی که آنان فرزندی نداشته باشند، نواده‌ها با رعایت قاعدهٔ «تقدم خویشان نزدیک‌تر» نفقه را می‌پردازند. چنان که ملاحظه می‌شود، قانون مدنی فرزندان پسر و دختر را در یک ردیف آورده است. ولی، در فقه دو نظر دیگر نیز وجود دارد که، بر طبق نخستین آن‌ها، فرزندان پسر در انفاق به پدر و مادر مقدم بر دختران هستند و، به موجب نظر دیگر، پسران و دختران به تناسب میراث در این تکلیف شرکت دارند نه به طور تساوی[2].

به طور کلی، قواعدی که در بارهٔ چگونگی اشتراک انفاق‌کنندگان به اولاد گفته شد، در بارهٔ انفاق به پدر و مادر و اجداد نیز رعایت می‌شود، جز این‌که، آن‌چه در بارهٔ رعایت مصالح مربوط به تربیت و نگاهداری طفل آمد، در بارهٔ نفقهٔ خویشان در خط صعودی راه ندارد. برای اینان بایستی حداقلی از نیازمندی‌های زندگی به وسیلهٔ انفاق‌کنندگان فراهم شود. در اجرای این تکلیف جمعی، باید تا حد امکان انفاق‌کنندگان برابر باشند و، هرگاه خویشاوندی ثروتمندتر از دیگران باشد، لزومی ندارد که نقص مالی دیگران را تا حد زندگی متعارفی که وضع مالی او اقتضا دارد جبران سازد.

بنابراین هرگاه دو پسری که باید نفقهٔ مادر خود را بدهند وضع مالی متفاوت داشته باشند، هرکدام به نسبت درجهٔ استطاعت خود نفقه را می‌پردازد، مگر این که دارایی برادر فقیرتر برای تأمین نصف حداقل هزینهٔ زندگی مادر کافی نباشد، که در این صورت

۱. ش ۵۳۶ ـ ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۲۰۶۸ (در نقد این راه حل‌های پیشنهاد شده).

۲. علامهٔ حلی، قواعد، کتاب نکاح ـ فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۸۶ ـ فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج ۲، ص ۳۸۰.

جبران کمبود به عهدهٔ برادر توانگر است.

۵۴۲. تعدد انفاق کنندگان در خط صعودی و نزولی:

بر طبق مادهٔ ۱۲۰۱ قانون مدنی: **«هرگاه یک نفر هم در خط عمودی صعودی و هم در خط عمودی نزولی اقارب داشته باشد که از حیث الزام به انفاق در درجهٔ مساوی هستند، نفقهٔ او را باید اقارب مزبور به حصهٔ متساوی تأدیه کنند. بنابراین، اگر مستحق نفقه پدر و مادر و اولاد بلافصل داشته باشد، نفقهٔ او را باید پدر و مادر و اولاد متساویاً تأدیه کنند، بدون این که مادر سهمی بدهد و همچنین اگر مستحق نفقه مادر و اولاد بلافصل داشته باشد، نفقهٔ او را باید مادر و اولاد متساویاً بدهند».**

حکم ماده روشن است و قاعدهٔ «برابری انفاق‌کنندگان» را در فرض پیچیده‌تر خود، یعنی جایی که خویشان در خط عمودی صعودی و نزولی در آن شرکت دارند، اعمال می‌کند.

ج : تعدد مستحق نفقه

۵۴۳. ترتیب تقدم و تأخر:

در قوانین کنونی، اگر شخص نتواند نفقهٔ تمام کسانی را که بر عهدهٔ او قرارگرفته است بپردازد، باید بدین ترتیب رفتار کند:

۱. تأمین معاش خود او مقدم بر دیگران است، زیرا حقوق نمی‌تواند کسی را وادار به فداکاری کند. بنابراین، کسی که تنها قادر به ادامهٔ زندگی خویش است الزامی به انفاق زوجه یا فرزندان و اقوام ندارد (مادهٔ ۲۲ قانون حمایت خانواده). منتها، آن‌چه در قانون بی‌پاسخ مانده مدتی است که شخص باید بیش از دیگران نفقهٔ خود را داشته باشد تا ملزم به انفاق آنان شود. همبستگی خانوادگی ایجاب می‌کند که کمترین مدت کافی باشد و به همین جهت داشتن خوراک و لباس و منزل در یک روز باید مناط اعتبار قرارگیرد[1].

۲. نفقهٔ زوجه مقدم بر اقارب است (مادهٔ ۱۲۰۳ ق.م.). پس، اگر کسی مادر و زوجه

۱. دکتر سید حسن امامی، ج۵، ص ۲۳۱ و ۲۳۲.

داشته باشد و نتواند به بیش از یک نفر نفقه بدهد، باید زن را مقدم دارد. این قاعده، از نظر اخلاقی زیانبار و قابل نکوهش است. زیرا، در حقوق ما نفقهٔ زن تنها برای امرار معاش نیست و بیشتر به طلب مالی شباهت دارد.

به همین جهت، زن ثروتمند و بی نیاز می‌تواند از شوهر نفقه بخواهد. با این ترتیب، آیا عادلانه است که تأمین اندوختهٔ مالی زن بر ادامهٔ زندگی پدر و مادر شوهر مقدم باشد؟

حقوق گاه نظم را بر عدالت ترجیح می‌دهد، زیرا ایجاد نظم را مقدمهٔ دادگستری می‌شمارد، ولی آیا در فرض ما نیز چنین نظمی در خطر است؟ آیا معنی پیوند زناشویی و اتحاد معنوی زن و شوهر و لزوم حسن معاشرت آنان با یکدیگر این است که مردی با داشتن مادری گرسنه و درمانده ناچار از دادن نفقه به زن ثروتمند خود باشد؟ آیا نظم عمومی نیز ایجاب نمی‌کند که به هنگام توزیع ثروت شکم گرسنگان بر اندوختهٔ مالی توانگران مقدم باشد و حقوق نیز، به عنوان عامل حفظ نظم، در این راه گام بردارد؟

شاید قابل توجیه باشد که قانونگذار نیاز زن را، به عنوان نگاهبان خانواده و شریک شوهر، بر نیاز خویشان او مقدم دارد، لیکن مادهٔ ۱۲۰۳ قانون مدنی منطقی و عادلانه به نظر نمی‌رسد.

از این‌ها گذشته، حکم مادهٔ ۱۲۰۳ با تکلیفی که پدر و مادر در نگاهداری و تربیت فرزندان خود به عهده دارند معارض به نظر می‌رسد. مادری که وظیفه دارد با شوهر در تربیت فرزند و تشیید مبانی خانواده همکاری کند و در صورت لزوم تمام یا بخشی از هزینهٔ نگاهداری فرزند را بپردازد. چگونه می‌تواند بدون داشتن نیاز مالی از شوهر بخواهد که اجرای این تکالیف مشترک را معطل گذارد و نفقهٔ او را مقدم بدارد؟

چنان که گفته شد، هزینهٔ نگاهداری و تربیت فرزند، با این که چهرهٔ خاصی از نفقهٔ خویشان است، مفهوم و احکام جداگانه دارد (ش ۴۰۹) و نباید آن را از هر حیث تابع قواعد مربوط به نفقهٔ اقارب شمرد. اجرای این تکلیف بر همه چیز مقدم است و رویهٔ قضایی باید آن را در سلسله مراتب نفقهٔ اقارب نیاورد.

۳. **«اگر اقارب واجب النفقه متعدد باشند و منفق نتواند نفقهٔ همهٔ آنها را بدهد، اقارب در خط عمودی نزولی مقدم بر اقارب در خط عمودی صعودی خواهد بود» (مادهٔ ۱۲۰۲ ق.م.).**

قاعده این است که تقدم خویشان در خط نزولی مشروط بر این باشد که با خویشان

در خط صعودی دریک درجه باشند (مانند پدر و مادر و اولاد)، لیکن هرگاه خویشان در خط صعودی نزدیک‌تر باشند مقدم بر اولادی می‌شوند که دورترند (مانند تقدم پدر و مادر بر نواده)[۱]؛ ولی، این مفهوم به دشواری از مادهٔ ۱۲۰۲ استنباط می‌شود. حکم ماده بر تفاوت طبیعی شوق در انفاق نسبت به فرزندان استوار است. قانون با این که تکلیف انفاق را متقابل می‌داند، در مقدم داشتن فرزندان از وضع اجتماعی و روانی در این باره متأثر شده است.[۲]

۴. در میان خویشان در خط عمودی نزولی (مانند اولاد و نوه) و خویشان در خط عمودی صعودی (مانند ابوین و اجداد) خویشان نزدیک‌تر مقدم بر دورتر هستند (ملاک مادهٔ ۱۲۰۰ ق.م.)[۳].

۵۴۴. تقسیم نفقه بین خویشان هم درجه:

در صورتی که شخص چند خویشاوند نیازمند در یک درجه داشته باشد و نتواند معاش همهٔ آنان را تأمین کند، معلوم نیست چگونه باید مال موجود را بین آنان تقسیم کرد؟ آیا بهتر این است که به قید قرعه مستحق نفقه تعیین شود یا بایستی هر چه هست به تساوی توزیع شود؟

در چنین حالتی، باید در مرحلهٔ نخست نیازها دسته‌بندی شود: برای مثال، اگر نفقه برای رفع گرسنگی همه کافی باشد ولی به خادم یا مسکن نرسد، باید مال موجود را در راه تغذیه مصرف کرد و پس از آن به سایر نیازها، به ترتیبی که در حفظ حیات و سلامت و حیثیت خویشان اهمیت دارد، پرداخت. در مرحلهٔ دوم، اگر آن‌چه هست برای نیازی مشترک (مانند غذا یا لباس) کافی نباشد، بایستی تا آنجا که مال موجود از لحاظ هدفی که در پیش است بی فایده نمی‌شود، آن را به تساوی تقسیم کرد.

۱. سید محسن حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۰۰.
۲. در ضرب المثل‌های ما آمده است که: «یک مادر کور می‌تواند از ده فرزند خود نگاهداری کند، ولی ده فرزند نمی‌توانند از یک مادر کور مواظبت کنند» وبرای دیدن مضمونی مشابه آن در فرانسه، رک: کاربونیه، ج ۱، ش ۲۰۲، بخش جامعه‌شناسی، بدین مضمون: «یک پدر بهتر می‌تواند به ده فرزند غذا بدهد تا ده فرزند به یک پدر».
۳. این طبقه‌بندی را نویسندگان فرانسوی بر مبنای رسوم و انصاف پیشنهاد کرده‌اند (ابری ورو، ج ۷، ص ۱۵۸ - بودان و لربوریی ژونیر، ج ۱، ش ۷۰۷ مکرر) ولی، رویهٔ قضایی در پذیرفتن آن تردید دارد و متمایل به برابر داشتن همهٔ مستحقان است. پلنیول و ریپر ج ۷، ش ۱۰۰.

ولی، هرگاه مالی که بابت نفقه پرداخته می‌شود قابل تقسیم نباشد، مانند لباسی که تنها به یک تن می‌رسد و با قیمت آن نیز نمی‌توان برای دیگران پوشاکی تهیه کرد، چاره‌ای جز توسل به قرعه باقی نمی‌ماند. زیرا، هدف از انفاق جلوگیری از ورود صدمه به حیات و سلامت خویشان است و هر اقدامی که به این هدف اخلال کند باید ممنوع شود. خویشان نیازمند نیز به منزلهٔ طلبکاران عادی نیستند تا ایراد شود چرا باید یکی را به قید قرعه بر دیگران ترجیح داد. موضوع انفاق در درجهٔ نخست تأمین معاش آنان است و دادن پول وسیلهٔ اجرای این تعهد به شمار می‌رود. پس، هرگاه نتوان نیاز همه را، هر چند به طور ناقص، برآورد، ناچار باید از قرعه استفاده کرد تا طبیعت مستحق نفقه را تعیین کند؛ چنان که مادهٔ ۱۵۷ قانون مدنی نیز در موردی مشابه همین وسیله را برای اجرای عدالت به کار برده است.

به موجب این ماده: «هرگاه دو زمین در دو طرف نهر محاذی هم واقع شوند و حق تقدم یکی بر دیگری محرز نباشد و هر دو در یک زمان بخواهند آب ببرند و آب کافی برای هر دو نباشد، باید برای تقدم و تأخر در بردن آن به نسبت حصه قرعه زد و اگر آب کافی برای هر دو باشد به نسبت حصه تقسیم می‌کنند».

گفتار چهارم: اوصاف الزام به انفاق

۵۴۵. شمار اوصاف :

گفته شد که الزام به انفاق را در زمرهٔ سایر دیون نباید آورد. طبیعت خاص این الزام سبب شده است که دین مربوط به نفقهٔ اقارب اوصافی پیدا کند که در سایر تعهدها مانند ندارد و در شمار استثناها است: این اوصاف عبارتند از:

۱. الزام به انفاق از قواعد مربوط به نظم عمومی است؛

۲. موضوع الزام قابل تغییر است و ثبات ندارد؛

۳. الزام به انفاق از سوی طلبکار و بدهکار آن قائم به شخص است؛

۴. الزام ناظر به آینده است و نفقهٔ گذشته را نمی‌توان مطالبه کرد.

ضمن گفتارهای پیشین در بارهٔ هر یک از این اوصاف توضیحاتی داده شده است که در این بحث از تکرار آنها پرهیز می‌شود.

۵۴۶. ارتباط الزام به انفاق با نظم عمومی:

در رابطهٔ پدر و مادر و فرزندان، گفته شد که قواعد مربوط به انفاق اقارب با نظم عمومی ارتباط نزدیک دارد (ش ۴۰۱). اکنون در تأیید این ارتباط می‌افزاییم که قواعد مربوط به این الزام در واقع به حیات و سلامت و شخصیت فردی و خانوادگی مستحق نفقه نظارت دارد و از اموری نیست که قراردادهای خصوصی بتواند در آن اخلال کند. وانگهی، دولت در اجرای این الزام نفع مستقیم دارد، چرا که سرانجام بینوایان، اگر به وسیلهٔ خویشان نگاهداری نشوند، سربار جامعه و دولت خواهند شد.

بنابراین، مستحق نفقه نمی‌تواند از حق خود در این باره بگذرد یا ضمن قراردادی آن را به دیگری منتقل سازد یا ملزم شود که دعوای حقوقی یا کیفری طرح نکند یا میزان نفقه را در مصالحه‌ای کاهش دهد.[1]

از ارتباط قواعد مربوط به انفاق با نظم عمومی، پاره‌ای از استادان و دادگاه‌ها نتیجه گرفته‌اند که، در مقام رفع تعارض قوانین، قانون محلی بر الزام به انفاق حکومت دارد نه قانون ملی. بنابراین، دعاوی انفاق ایرانیان مقیم خارج از کشور تابع قانون محل اقامت آنها است و خارجیان مقیم ایران تابع قوانین ایرانند نه قانون دولت متبوع خود، به ویژه که اجرای قانون محلی دشواری مربوط به تعیین قانون حاکم در موردی را که طلبکار و بدهکار نفقه دو تابعیت گوناگون دارند از بین می‌برد.[2]

ولی، باید دانست که جمع دیگری از نویسندگان این راه حل را نمی‌پذیرند و اعتقاد دارند که الزام به انفاق ناشی از روابط خانوادگی و در شمار احوال شخصی است.[3]

در کنوانسیون ۱۹۵۶ لاهه تعهد انفاق به کودکان تابع قانون محل سکونت معمولی طفل دانسته شده است.[4]

---

۱. مازو، همان کتاب، ش ۱۲۱۷ ـ پلنیول و ریپر، همان کتاب، ش ۶۲.

۲. بارتن در حواشی بر، ابری ورو، ج ۱، بخش ۳۱، یادداشت ش ۵ ـ نی بوایه، رسالهٔ حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۵، ش ۱۵۰۴؛ دورهٔ مقدماتی، ش ۵۵۶ ـ پلنیول و ریپر، ج ۲، به‌وسیلهٔ رواست، ش ۶۴ (در مورد اقربای در خط مستقیم).

۳. لربوریی ژونیر، حقوق بین‌الملل خصوصی، چاپ هشتم به وسیلهٔ اران، ش ۳۳۷ به بعد ـ باتیفول، رسالهٔ حقوق بین الملل خصوصی، ش ۳۸۵ ـ ساواتیه، یادداشت در: دالوز ۱۹۴۴، ۱۵

۴. لربور پی ژونیر، همان کتاب، ش ۳۳۹.

۵۴۷. موضوع الزام قابل تغییر است:

گفته شد که الزام به انفاق به دو عامل متغیر وابسته است:

۱. درجهٔ استطاعت انفاق کننده؛

۲. نیاز مستحق نفقه.

دگرگونی‌های ارزش پول نیز به این دو عامل کمک می‌کند تا میزان نفقه را ناپایدار سازد. بنابراین، حکم مربوط به نفقه ناظر به زمان معین است و هیچ گاه نسبت به آینده اعتبار امر مختوم را ندارد: محکوم علیه می‌تواند، به استناد کاسته شدن از میزان دارایی خود یا رفع نیاز مستحق نفقه، اصلاح یا ابطال حکم را نسبت به زمان بعد از تغییر وضع خواستار شود. محکوم له نیز حق دارد، به دلیل افزوده شدن بر نیازهای مالی خود یا کاهش ارزش پول یا افزایش درآمدانفاق کننده، از دادگاه بخواهد تا در حکم به سود او تجدیدنظر کند.

ممکن است تصور شود که تجدید نظر در زمرهٔ اشکال‌های اجرایی است و باید از دادگاه صادر کنندهٔ حکم درخواست شود. ولی، باید دانست که ادعای مربوط به تغییر وضع در واقع دعوای جدیدی است که موضوع آن در حکم پیشین رسیدگی نشده است. حکم سابق مانع از رسیدگی به این دعوا نیست، زیرا، اعتبار آن مورد دادرسی مجدد قرار نمی‌گیرد. اعتبار حکم مقید به وضع ویژهٔ طرفین در زمان دادرسی است، در حالی که مدعی در مقام اثبات تغییر آن وضع است. به همین جهت، دعوا باید در دادگاهی مطرح شود که بر طبق قواعد عمومی صالح برای رسیدگی است. برای مثال، هرگاه حکم انفاق از دادگاه تجدید نظر صادر شده باشد، دادخواست مربوط به تغییر آن باید به دادگاه ابتدایی داده شود و دعوا به طور مستقیم قابل طرح در آن دادگاه نیست.[۱]

باید افزود که، در صورت بی نیاز شدن محکوم له، حکم انفاق خود به خود از اثر می‌افتد، زیرا مبنای حقوقی آن (شرایط طلب) از بین می‌رود. بنابراین، هرگاه پیش از الغاء یا تغییر حکم نفقه‌ای نابجا پرداخته شده باشد، قابل استرداد است (مادهٔ ۳۰۱ ق.م.)، و حکمی که الزام به انفاق را لغو می‌کند جنبهٔ اعلامی دارد.

۱. شعبهٔ تجارتی دیوان کشور فرانسه، ۲۸ ژوئیه ۱۹۵۴، دالوز و سیری ۱۹۵۵، ۱۸۵ با یادداشت ابرو - ریپروبولانژه، ج ۱، ش ۲۰۵۹.

۵۴۸. الزام به انفاق قائم به شخص است:

می‌دانیم که در سایر تعهدها، ممکن است طلب یا دین به دیگری منتقل شود و طلبکار متعهد له می‌تواند آن را به سود خویش توقیف کند. ولی، الزام به انفاق تنها در رابطهٔ بین خویشاوند توانگر و ناتوان قابل اجرا است؛ به ارث یا قرارداد منتقل نمی‌شود و قائم به شخص و وضع متقابلی است که دو طرف آن در خانواده دارند.

از ارتباط الزام به انفاق با شخصیت دو طرف آن نتایج مهم و گوناگونی به بار می‌آید که مانند آن را در سایر تعهدات نمی‌توان دید:

۱. با این که وارثان در مورد تمام دیون و مطالبات و روابط مالی متوفی قائم مقام او می‌شوند، تکلیف به دادن نفقه و حق ناشی از آن به وارثان انفاق کننده و مستحق نفقه منتقل نمی‌شود و با فوت یکی از آنان پایان می‌پذیرد. برای مثال، اگر پسری عهده‌دار انفاق به مادر خود باشد، با مرگ مادر الزام پسر نیز از بین می‌رود و ورثهٔ مادر نمی‌توانند به عنوان جانشینی او حقی بخواهند. با مرگ پسر نیز تکلیف او زائل می‌شود. احتمال دارد که نواده‌ها در انفاق به مادر بزرگ تکلیف تازه‌ای بیابند، لیکن الزام آنان ناشی از وضعی است که خودشان در برابر جده پیدا کرده‌اند و از پدر به میراث نبرده‌اند. به همین دلیل، اگر وارث زوجهٔ متوفی باشد، در برابر میراثی که از شوهر می‌برد، ملزم به انفاق به مادر او نمی‌شود.

با وجود این، هرگاه در اثر صدور حکم بخشی از نفقه برای مورث ذخیره شده باشد، آن ذخیره به میراث می‌رسد، زیرا در حکم طلب عادی است و در شمار سایر ارکان دارایی مورث به بازماندگان انتقال می‌یابد[1]. وانگهی، در این فرض، بحث در ایجاد تعهد به انفاق نیست، در اجرای تعهد موجود است[2].

۲. طلبکاران مستحق نفقه نمی‌توانند پولی را که انفاق کننده می‌پردازد به سود خود توقیف کنند و در مقام اجرای حکم یا مفاد اسناد رسمی نفقه را در زمرهٔ سایر مطالبات مدیون به حساب آورند. نفقهٔ اقارب در زمرهٔ مستثنیات دین است و طلبکاران انفاق کننده نیز حق توقیف اموالی را که برای این منظور لازم است ندارند (بند الف و ب مادهٔ ۶۹ آئین نامهٔ اجرای مفاد اسناد رسمی مصوب ۵۵/۴/۶ و بند ۱ و ۲ مادهٔ ۶۵ قانون اجرای

۱. ریپر و بولانژه، ج ۲، ش ۲۰۶۲.

۲. پلنیول و ریپر، ج ۲ به‌وسیلهٔ رواست، ش ۵۰.

احکام مدنی).

عدم امکان استیفای طلب از نفقه مانع از این است که طلبکاران مستحق نفقه در مورد اعسار او بتوانند به قائم مقامی از طرف بدهکار در این باره اقامهٔ دعوا کنند (مادهٔ ۳۶ قانون اعسار مصوب ۱۳۱۳).

۳. مستحق نفقه نمی‌تواند حقی را که بر انفاق کننده دارد به دیگری منتقل کند. همچنین، ابراء ذمهٔ او از نفقهٔ آینده مؤثر نیست. ولی، انفاق کننده می‌تواند برای اجرای تکلیف خود ضامن بدهد.[1] در این صورت، پس از تحقق ضمان، مستحق نفقه باید در مرحلهٔ نخست به ضامن رجوع کند، ولی هرگاه ضامن از پرداخت نفقه امتناع ورزد یا توانایی تأدیهٔ آن را نداشته باشد، نمی‌توان ادعا کرد که با تحقق ضمان ذمهٔ انفاق کننده بری شده است ورجوع مستحق نفقه به او امکان ندارد. زیرا، با این‌که ضمان در حقوق ما باعث انتقال دین از ذمهٔ مدیون اصلی به ذمهٔ ضامن می‌شود(مادهٔ ۶۹۸ ق.م.)، در مورد تکلیف انفاق کننده این قاعده قابل اجرا نیست و با قرارداد خصوصی (ضمان) نمی‌توان او را از الزام قانونی بری ساخت.

قرارداد خصوصی، به عنوان وسیلهٔ اجرای تکلیف، نفوذ حقوقی دارد و به همین جهت گفته شد که مستحق نفقه باید در مرحلهٔ نخست به ضامن رجوع کند. لیکن، در انتقال تکلیف انفاق کننده به ذمهٔ ضامن اثر ندارد و او را بری نمی‌سازد.[2] بدین ترتیب، باید پذیرفت که ضمان از نفقهٔ آیندهٔ اقارب تنها در موردی که ضامن و انفاق کننده را ملزم سازد اثر دارد و توافق طرفین در انتقال دین نافذ نیست و هرگاه مقصود ضامن و انفاق کننده انتقال تکلیف به ذمهٔ ضامن باشد باطل است.

۴. الزام به انفاق در اثر تهاتر از بین نمی‌رود، زیرا آن را در زمرهٔ سایر دیون نباید آورد. هدف از این الزام حفظ همبستگی خانوادگی و حیات دیگران است و در اثر تهاتر این هدف تأمین نمی‌گردد. پس، اگر انفاق کننده به دلیلی از مستحق نفقه طلبکار شود، طلب او با تکلیف انفاق تهاتر نمی‌شود، زیرا نمی‌توان ادعا کرد که در نتیجهٔ تهاتر مستحق نفقه

۱. در مورد امکان چنین ضمانی و اشکال وارد بر آن، رک: همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴، ش ۱۶۹.

۲. سید محمد کاظم یزدی در اثبات بطلان این ضمان، علاوه بر نظر مشهور که آن را ضمان از دینی می‌داند که ثابت در ذمه نشده است (ضمان مالم یجب) می‌افزاید: «... مضافاً الی ان وجوب الانفاق حکم تکلیفی و لاتکون النفقة فی ذمته و لکن مع ذلک لایخلوا عن اشکال» (عروة الوثقی، ج ۲، ص ۳۲۹).

وسایل معاش خود را به دست آورده است.[۱]

۵۴۹. نفقهٔ گذشته را نمی‌توان مطالبه کرد:

در بارهٔ این وصف الزام به انفاق توضیح لازم داده شد (ش ۵۳۴) و فقط بایستی یادآوری کرد که، هرگاه مبنای طلبی پرداخت دین انفاق کننده باشد (مانند طلب مادری که نفقهٔ فرزند خود را به اجبار پرداخته است و از پدر که مکلف به تأمین نفقه او بوده است مطالبه می‌کند)، نباید آن را تابع قواعد مربوط به مطالبهٔ نفقه دانست.

یکی از نتایج ممکن نبودن مطالبهٔ نفقهٔ گذشته، بطلان ضمان از مدیون نفقه در برابر مستحق آن است. برای مثال، هرگاه کسی از برادر توانگر نسبت به نفقهٔ گذشتهٔ خواهر ناتوان او ضمانت کند، این ضمان باطل است. زیرا، دینی وجود نداشته که موضوع انتقال قرار گیرد.[۲]

۵۵۰. حقوق خارجی:

در حقوق فرانسه، ممکن نبودن مطالبهٔ نفقهٔ گذشته در هیچ متنی پیش‌بینی نشده است. ولی، دیوان کشور آن را به عنوان یک قاعدهٔ سنتی رعایت می‌کند و در توجیه آن گفته می‌شود که، اگر مستحق نفقه به هنگام نیاز آن را مطالبه نکند، به طور ضمنی از آن صرفنظر کرده است. این استدلال را پاره‌ای از استادان ناتمام دانسته‌اند، زیرا جهات و انگیزه‌های گوناگون می‌تواند مانع از اقامهٔ دعوا شود، بدون این‌که طلبکار قصد صرفنظر کردن از ادعا را داشته باشد.[۳] وانگهی، از حق نفقه گرفتن نمی‌توان صرفنظر کرد[۴]. بعض دیگر، گفته‌اند که اقامه نکردن دعوا اماره بر این است که انفاق بیهوده شده و ضروری نبوده است و از آن نتیجه گرفته‌اند که، هرگاه امتناع طلبکار از طرح دعوا به گونه‌ای توجیه شود، دیگر این قاعده که «نفقه ذخیره نخواهد شد» اجرا نمی‌شود[۵].

۱. مارتی و رینو، ج ۱، بخش ۲، اشخاص، ش ۵۹، ص ۵۶ ـ مازو، همان کتاب، ش ۱۲۱۶.
۲. همین دوره از حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴، ش ۱۶۹.
۳. مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، بخش ۲ خانواده، ش ۱۲۱۸.
۴. کاربونیه، ج ۱، ش ۲۰۲، ص ۶۲۰.
۵. ریپروبولانژه، ج ۱، ش ۲۰۶۱ ـ پلنیول و ریپر، ج ۲ به‌وسیلهٔ رواست ش ۵۳ و ۵۴ ـ کاربونیه، ج ۱، ش ۲۰۲.

رویهٔ قضایی اجرای این قاعده را محدود به موردی کرده است که الزام به انفاق به معنی خاص خود باشد. پس، در مواردی که نفقهٔ مورد مطالبه برای اجرای وظیفهٔ پدر و مادر در نگاهداری از فرزند باشد، دادگاه‌ها از اجرای آن خودداری کرده‌اند[1].

۱. ریپروبولانژه، همان کتاب.

فصل سوم

فرزندخواندگی

۵۵۱. مفهوم فرزند خواندگی:

در مباحث گذشته دیدیم که در زبان حقوقی ما «فرزند» کسی است که از نسل دیگری باشد و رابطهٔ خونی و طبیعی او و پدر و مادر را به‌هم پیوند دهد. همچنین، دانستیم که، جز در موارد استثنایی، فرزند طبیعی را در صورتی می‌توان به پدر و مادر منسوب کرد که ناشی از نکاح باشد: یعنی پدر و مادر او زن و شوهر باشند.

اکنون باید افزود که ممکن است زن و شوهری کودکی بیگانه را به فرزندی بپذیرند و قانونگذار، به احترام ارادهٔ آنان و حمایت از کودک، او را در حکم فرزند خانواده به شمار آورد. درجهٔ وابستگی فرزندی که بدینسان پذیرفته شده است با خانوادهٔ پذیرنده تابع احکام قانون است. پاره‌ای از قوانین اجازه می‌دهند که با شرایط خاص کودک بیگانه به خانواده ملحق شود و به طور کامل در زمرهٔ فرزندان مشروع زن و شوهر درآید. لیکن، پاره‌ای دیگر این الحاق را به طور کامل مجاز نمی‌شمرند. ارتباط کودک پذیرفته شده را با خانوادهٔ طبیعی محفوظ می‌دارند و از پاره‌ای جهات نیز او را در حکم فرزند خانواده پذیرنده قرار می‌دهند.

به هر حال، فرزند خوانده در واقع فرزند حکمی و انتساب او به خانواده مجازی است. به همین جهت، ممکن است در نتیجهٔ بروز حوادثی، مانند فوت پدر و مادر حکمی، ارتباط ایجاد شده برهم خورد و کودک در حکم فرزند خانوادهٔ دیگر درآید؛ در

حالی که فرزند مشروع را هیچ حادثه‌ای بیگانه نمی‌سازد و پیوند طبیعی او و پدر و مادر گسستنی نیست.

۵۵۲. قانون حمایت از کودکان بی سرپرست:

در قانون مدنی ما فرزندخواندگی وجود ندارد و در سنن مذهبی نیز ایجاد این رابطهٔ مجازی مباح شناخته نشده است. در اخلاق اسلامی، سرپرستی از یتیمان و کودکان بی سرپرست به شدت توصیه شده است. به همین دلیل نیز بسیاری از خانواده‌های توانگر با اشتیاق سرپرستی کودکان درمانده را می‌پذیرفتند و اموال خود را بدین منظور وقف می‌کردند. ولی، تعهد اخلاقی کسی که تأمین معاش و تربیت کودکی را می‌پذیرفت هیچ‌گاه از نظر حقوقی او را ملزم نمی‌ساخت.

قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست، مورخ ۱۳۵۳/۱/۲۹، نخستین گامی است که حقوق ما برای شناسایی و منظم ساختن روابط اخلاقی این گونه کودکان با خانواده‌ها برداشته است. در این قانون، جانب احتیاط رعایت شده و به احترام سنت‌های مذهبی و ملی یکباره و به طور صریح فرزندخواندگی عنوان نشده است. به موجب مادهٔ اول قانون: **«هر زن و شوهر مقیم ایران می‌توانند با توافق یکدیگر طفلی را با تصویب دادگاه و طبق مقررات این قانون سرپرستی نمایند».** سرپرستی عنوان فریبنده‌ای است که برای پنهان داشتن ابتکار قانونگذار به کار رفته و در واقع کنایه از امکان پذیرفتن فرزند در خانواده است؛ چنان که، برای پرهیز از این توهم که فرزند خواندگی ایرانیان غیر شیعه نیز تابع قانون می‌شود، قانونگذار ناچار پرده‌پوشی را رها کرده و مقرر داشته است: **«مقررات قانون احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در مورد فرزند خواندگی به اعتبار خود باقی است».**

با وجود این، باید دانست که در قانون ۱۳۵۳ فرزند خوانده در زمرهٔ سایر فرزندان خانواده قرار نمی‌گیرد و تنها از پاره‌ای جهات در حکم فرزند طبیعی است. قانونگذار در تدوین مواد راه افراط نپیموده و به همین مناسبت نیز احکام قانون از پاره‌ای جهات با قوانین مشابه در حقوق فرانسه و انگلیس تفاوت دارد.

۵۵۳. مصالح و مفاسد فرزندخواندگی و سیاست قانونگذاری:

فرزند خواندگی در حقوق ما پدیده‌ای تازه است و ما هنوز چنان که باید، زیان‌ها و

فواید این پیوند نو را نیازموده‌ایم. چنان که اشاره شد، در قانون ۱۳۵۳ جانب احتیاط رعایت شده است و تا این اندازه خطری جامعهٔ ما را تهدید نمی‌کند. ولی، چون این سازمان نوبنیاد نیز خواه و ناخواه تحول می‌یابد و تجربه نشان داده است که گاه قانونگذار به تقلید از حقوق خارجیان پیوندهای نامتناسب و گزافه‌ای به نظام حقوقی می‌زند، از هم اکنون باید مصالح و مفاسد پیشروی در این راه به دقت ارزیابی شود.

در واقع، جامعهٔ ما با این پرسش روبرو است که آیا بایستی از تمایل قوانین اروپایی پیروی کرد و فرزندخواندگی را از نظر تشریفات ساده و از لحاظ آثار کامل ساخت؟ آیا به مصلحت است که شخص بتواند خانوادهٔ خود را تغییر دهد یا پدر و مادری بتوانند وظایف و اختیارات خود را بدین وسیله به دیگری بسپارند؟

بی گمان فرزندخواندگی از نظر اجتماعی فواید چشمگیر دارد: کودکان یتیم و سرراهی کانونی برای رشد می‌یابند و از بار وظایف دولت کاسته می شود؛ خانواده‌هایی که از نعمت داشتن فرزند محروم مانده‌اند چراغی برای زندگی یکنواخت و خسته‌کنندهٔ خود پیدا می‌کنند و در این راه هدفی مشروع و انسانی می‌یابند؛ آنان که نتوانسته یا نخواسته‌اند خانواده‌ای تشکیل دهند از غم تنهایی رها می شوند و بخشی از کمبودهای روانی را جبران می‌کنند؛ مادرانی که برای پوشیده ماندن گناه خود وسوسهٔ نابود کردن ثمرهٔ آن را در سر می‌پرورانند، راهی تازه برای رهایی خویش و تأمین سعادت فرزند می‌بینند.

ولی، این فایده‌ها نباید قانونگذار را از زیان‌های اشاعهٔ فرزندخواندگی غافل کند: امکان سپردن فرزند به دیگران و پذیرفتن کودکان، اگر به سادگی انجام شود، به ارج و اهمیت خانواده زیان می‌رساند. برای داشتن فرزند، دیگر ضرورتی به تشکیل خانوادهٔ مشروع احساس نمی‌شود. همه می‌توانند با پذیرفتن فرزندان طبیعی و نامشروع خود آنان را در زمرهٔ فرزندان مشروع در آورند. آنان که از بیم بی‌پناه ماندن فرزندشان در بی‌بندوباری و آلودگی احتیاط می‌کنند، نیز آسوده خاطر می‌شوند و منبعی تازه برای درآمد می‌یابند.

زشت‌ترین چهرهٔ معما در موردی ظاهر می‌شود که خرید و فروش کودکان رواج می‌یابد و سوداگران درصدد برمی‌آیند که کودکان نیازمندان و درماندگان را بخرند و با بهایی گرانتر به توانگران بفروشند؛ چهرهٔ کریهی از برده فروشی نو که هر انسان خردمند

از تصور ایجاد آن به هراس می‌افتد.

هیچ کس نمی‌تواند ادعا کند که تنها نیازهای عاطفی یا خیرخواهی و نوع‌دوستی انگیزهٔ پذیرفتن کودکان بی سرپرست می‌شود. پاره‌ای از مردم می‌خواهند بدین وسیله از دادن مالیات بگریزند و جمعی دیگر بیشتر در پی خدمتکار یا پرستار دلسوز و خانگی هستند و فرزند خواندگی را سرپوش و بهانه‌ای مناسب می‌یابند.

مادران در حال اضطرار از جگر گوشهٔ خود می‌گذرند، لیکن پس از چندی که به حال عادی بر می‌گردند در پی بازگرفتن امانت گرانبهای خود به تلاش می‌افتند. خانواده‌های سرپرست نیز که حاضر نیستند نتیجهٔ زحمت خویش را به رایگان واگذار کنند، در برابر خواستهٔ مادران مقاومت می‌کنند. نزاع درمی‌گیرد ؛ نزاعی که صدمه‌های عاطفی کودک بیگناه از بارزترین مفاسد آن است.

اینها نمونهٔ دشواری‌هایی است که سایر کشورها با آن روبرو بوده‌اند[1]. پس، بایستی از این آزمون‌ها تجربه اندوخت و از فرزندخواندگی تنها به منظور سرپرستی از کودکان بی پناه استفاده کرد و آن را همیشه در بازرسی دولت قرار داد. فرزندخواندگی نباید وسیلهٔ جدا شدن رابطهٔ حقوقی کودک از خانوادهٔ طبیعی شود و چندان شیاع پیدا کند که طمع سوداگران را برانگیزد و وسیلهٔ تهدید خانواده شود.

۵۵۴. هدف از قواعد سرپرستی کودک:

در روابط بین پدر و مادر و فرزندان، رعایت حقوق هر دو طرف مورد توجه قانونگذار است. با این که قوانین جدید بیشتر در اندیشهٔ حمایت از کودکان هستند و به همین جهت بر بازرسی دولت در این باره می‌افزایند، بازهم رعایت حق پدر و مادر در تنظیم قواعد حاکم بر این روابط سهمی شایسته دارد (ش ۳۹۶ به بعد). ولی، در فرزند خواندگی، تأمین منافع مادی و معنوی طفل هدف اصلی قانونگذار است؛ چنان که در مادهٔ ۲ قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست آمده است که: **«این سرپرستی به منظور تأمین منافع مادی و معنوی طفل برقرار می‌گردد، ولی در هرحال ازموجبات ارث نخواهد بود».**

بنابراین، در تفسیر مواد قانون و تنظیم روابط مالی و غیر مالی سرپرست و فرزند

۱. ریپر و بولانژه، ج ۱، ش ۱۹۶۶ ـ مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۰۲۴.

خوانده باید منافع کودک را در نظر داشت و هدف قانونگذار را از وضع قواعد سرپرستی فراموش نکرد.

۵۵۵. تقسیم مطالب:

قواعد مربوط به فرزندخواندگی، یا به تعبیر قانونگذار ما سرپرستی از کودکان بدون سرپرست، را در سه مبحث مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

مبحث اول: ایجاد رابطهٔ فرزندخواندگی؛

مبحث دوم: آثار فرزندخواندگی؛

مبحث سوم: قطع رابطهٔ فرزند خواندگی؛

مبحث اول: ایجاد رابطهٔ فرزندخواندگی

۵۵۶. لزوم پذیرش کودک در خانواده:

در حقوق ما، پذیرش فرزند فقط از طرف زن و شوهر ممکن است و زن یا مرد مجرد نمی‌تواند سرپرستی کودکی را به طور رسمی عهده‌دار شود (مادهٔ ۱ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست). در توجیه این حکم می‌توان استدلال کرد که هدف اصلی قانونگذار این بوده است که برای کودکان بی سرپرست خانوادهٔ حکمی ایجاد کند وبدین وسیله آن‌چه را جامعه یا طبیعت از وی دریغ کرده است قانون به او ارزانی دارد. کودکان نباید وسیلهٔ ارضای کمبودهای عاطفی اشخاص مجرد قرار گیرند و به عنوان جبران شکست‌ها و محرومیت‌های طبیعی و خانوادگی به این و آن منتقل شوند.

در واقع، قانونگذار فرض کرده است که تنها در خانواده از منافع طفل به شایستگی حمایت می‌شود، و شائبه‌های دیگر در آن راه ندارد.

به اضافه، فرزند خواندگی نباید جای تشکیل خانواده را بگیرد و نیاز کسانی را که از نکاح می‌گریزند به آسانی برآورد. پس، برای پرهیز از این نتیجهٔ نادرست، بهتر است فرزند تنها در خانواده پذیرفته شود و باعث استحکام آن شود.

تقاضای سرپرستی طفل باید با توافق زن و شوهر انجام شود و از این حیث نقاری به وجود نیاورد. هر دو باید وظایف خود را به اشتراک و بسان پدر و مادر طبیعی انجام دهند. مادهٔ ۳ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست، به همین منظور مقرر می‌دارد: **«تقاضانامهٔ سرپرستی باید مشترکاً از طرف زن و شوهر تنظیم و تسلیم دادگاه شود...»**.

۵۵۷. لزوم اقامت زن و شوهر در ایران ؛ حکومت قانون محلی :

زن و شوهری می‌توانند تقاضای سرپرستی از کودک را بکنند که مقیم ایران باشند (مادهٔ ۱). تابعیت آنان در قبول تقاضا از طرف دادگاه نقشی ندارد. پس، زن و شوهر خارجی نیز می‌توانند در ایران کودکی را به فرزندی بپذیرند و روابط آنان با کودک پذیرفته شده تابع قوانین ایران است. بدین ترتیب، قانونگذار دربارهٔ فرزندخواندگی از قاعدهٔ شخصی بودن قوانین حاکم بر احوال شخصیه (مواد ۶ و ۷ قانون مدنی) عدول کرده و آن را تابع قانون اقامتگاه قرار داده است.

با وجود این، برای این که تصور نشود احکام قانون مانع از اجرای قواعد مذهبی ایرانیان غیر شیعه دربارهٔ آنانست، مادهٔ ۱۳ مقرر می‌دارد: **«مقررات قانون احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در مورد فرزند خواندگی به اعتبار خود باقی است»**[1].

۵۵۸. شرایط زن و شوهر پذیرنده:

به موجب مادهٔ ۳ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست، تقاضای زن و شوهری از طرف دادگاه پذیرفته می‌شود که دارای این شرایط باشند:

۱. پنج سال تمام از تاریخ ازدواج آنها گذشته و از این ازدواج صاحب فرزندی نشده باشند؛

۲. سن یکی از زوجین حداقل ۳۰ سال تمام باشد؛

۳. هیچ یک از زوجین دارای محکومیت جزایی مؤثر به علت ارتکاب جرائم عمدی نباشد؛

۴. هیچ یک از زوجین محجور نباشد؛

۱. به موجب بند ۳ از مادهٔ واحدهٔ قانون اجازهٔ رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب دهم مرداد ۱۳۱۲: «در مسائل مربوط به فرزند خواندگی، عادات و قواعد مسلمهٔ متداوله در مذهبی که پدر خوانده یا مادر خوانده پیرو آنست» اجرا می‌شود.

۵. زوجین دارای صلاحیت اخلاقی باشند؛
۶. زوجین یا یکی از آن‌ها دارای امکان مالی باشند؛
۷. هیچ یک از زوجین مبتلا به بیماری‌های واگیر صعب‌العلاج نباشد؛
۸. هیچ یک از زوجین معتاد به الکل یا مواد مخدر و سایر اعتیادات مضر نباشد.

این شرایط، در واقع تضمین‌هایی برای حفظ سلامت و تربیت شایستهٔ کودک است. قانونگذار می‌خواهد تنها زنان و شوهرانی که از بچه‌دار شدن ناامید شده‌اند و از نظر جسمی و اخلاقی نیز شایستگی سرپرستی از طفل را دارند به این سمت برگزیده شوند.

شرط اول و دوم برای احراز نومیدی آنان از بچه‌دار شدن است و به همین جهت تبصرهٔ ۲ مادهٔ ۳ مقرر می‌دارد که: **«هرگاه زوجین به دلایل پزشکی نتوانند صاحب فرزند شوند، دادگاه می‌تواند آنان را از شرایط بند الف و ب این ماده معاف نماید».**

با وجود این، نباید چنین پنداشت که اگر بعد از قبول سرپرستی زن باردار شود، چون شرط فرزندخواندگی از بین رفته است، می‌توان حکم سرپرستی را فسخ کرد؛ چنان‌که تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۳ برای دفع همین توهم مقرر داشته است که: **«باردار شدن زوجه یا تولد کودک درخانوادهٔ سرپرست در دوران آزمایشی یا پس از صدور حکم موجب فسخ سرپرستی نخواهد بود».**

۵۵۹. شرایط فرزند خوانده:

چنان‌که گفته شد، برای پرهیز از زیان‌های فرزندخواندگی، باید تمهیدهایی به کار برد که از این پیوند قانونی خانواده‌ها زیان نبینند و اساس مهم‌ترین واحد اجتماعی متزلزل نشود. یکی از وسایل تأمین این نظر اختصاص دادن فرزندخواندگی به خانواده‌هاست (ش ۵۵۵). لیکن، اگر بتوان کودکی را از خانواده‌ای به خانواده دیگر منتقل ساخت، خطر انحلال زناشویی‌ها از بین نمی‌رود و همیشه احتمال دارد که فقر و سودجویی بتواند در جدا ساختن فرزند از پدر و مادر طبیعی مؤثر واقع شود و بنیان خانوادهٔ آسیب دیده را سست کند.

وانگهی، هدف قانونگذار در مرحلهٔ نخست این است که کانون مناسبی برای کودکان بی‌سرپرست بیابد. خانوادهٔ طبیعی بهترین مرکز عاطفی برای پرورش کودک است و به مصلحت نیست که اطفال، به ویژه در سنی که قوهٔ تمیز یافته‌اند، به صورت کالای قابل خرید و فروش درآیند.

مادهٔ ۶ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست برای تأمین مصالح یاد شده، مقرر می‌دارد: «**طفلی که برای سرپرستی سپرده می‌شود باید دارای شرایط زیر باشد:**

الف. سن طفل از ۱۲ سال کمتر باشد؛

ب. هیچ یک از پدر یا جد پدری یا مادر طفل شناخته نشده یا در قید حیات نباشند و یا کودکانی باشند که به مؤسسهٔ عام‌المنفعه سپرده شده و سه سال تمام پدر یا مادر یا جد پدری او مراجعه نکرده باشند».

با وجود این، قانونگذار نخواسته است که تجاوز به شرط سنی در بارهٔ کودکانی که پیش از تصویب قانون در خانواده‌ای پذیرفته شده‌اند اخلال کند و، به همین جهت، این گونه کودکان را از شرایط سن معاف کرده است.

۵۶۰. نظارت دادگاه:

فرزندخواندگی سازمان حقوقی ویژه‌ای است که به منظور حمایت از کودکان بی‌سرپرست ایجاد شده است و نباید آن را در شمار قراردادها آورد. به همین جهت، توافق زن و شوهر پذیرنده با خانواده یا سرپرست طفل هیچ اثر حقوقی به بار نمی‌آورد. سپردن طفل به خانوادهٔ درخواست کننده یک تصمیم قضایی است که، در صورت وجود شرایط قانونی و از جمله توافق زن و شوهر پذیرنده، از طرف دادگاه در دو مرحله صادر می‌شود. فرزندخواندگی اثر حقوقی رأی دادگاه است و قطع این رابطه نیز نیاز به تصمیم دیگری از طرف دادگاه دارد.[1]

دادگاه صالح برای رسیدگی به امور فرزند خواندگی، دادگاه محل اقامت درخواست کننده است (دادگاه عمومی)[2] و آئین دادرسی آن نیز تابع قواعد همین گونه دادگاهها است (مواد ۷ و ۸ قانون). دادگاه، پس از احراز شرایط لازم برای فرزندخواندگی، قراری برای یک دورهٔ شش ماههٔ آزمایشی صادر می‌کند. این قرار قابل رسیدگی پژوهشی است.

۱. با وجود این، مبنای این حکم درخواست زن و شوهر پذیرنده و تصمیمی است که دادگاه به عنوان حامی طفل و نمایندهٔ او، پیش از صدور حکم می‌گیرد و بر همین مبنا است که رابطهٔ فرزند خواندگی فقط برای خویشان طرفین ایجاد حق و تکلیف نمی‌کند و در برابر همهٔ مردم قابل استناد است.

۲. رأی ۸/۶۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مقام وحدت رویهٔ قضایی: ادارهٔ کل آموزش دادگستری، آراء وحدت رویهٔ قضایی از ۵۸/۸/۲۸ تا ۶۳/۴/۱۲، چاپ روزنامهٔ رسمی ـ رک: قرائت و تمرین (۱۳).

ولی، پس از پایان این دوره، حکم سرپرستی صادر می‌شود که به نظر می‌رسد اعتبار آن تابع قواعد امور حسبی و قابل رسیدگی پژوهشی و فرجامی است (مادهٔ ۹). پس از قطعیت حکم، رابطهٔ فرزندخواندگی بین زن و شوهر درخواست کننده و طفل به طور کامل مستقر می‌شودو، جز در موارد استثنایی، نمی‌توان آن را فسخ کرد.

با وجود این، نباید چنین پنداشت که پس از قطعی شدن حکم و ثبت آن در اسناد سجلی طرفین، حکم در برابر همهٔ مردم از اعتبار امر مختوم برخوردار است. فرزندخواندگی، به عنوان یک واقعهٔ خارجی، در برابر دیگران قابل استناد است و حکم مبنای آن نیز همین اثر را دارد. ولی این قابلیت با نسبی بودن اثر حکم (قاعدهٔ کلی) تعارضی ندارد و به همین جهت نیز اشخاص ثالث می‌توانند به آن اعتراض کنند. برای مثال، پدر و مادر واقعی کودک حق دارند، با اثبات این امر که شرایط فرزندخواندگی تحقق پیدا نکرده است، فسخ حکم را از دادگاه صادرکننده بخواهند (مادهٔ ۴۴ قانون امور حسبی).

مبحث دوم: آثار فرزندخواندگی

۵۶۱. دوران آزمایشی:

چنان‌که گفته شد، حکم سرپرستی اطفال باید مسبوق به قراری باشد که برای یک دورهٔ آزمایشی شش ماهه کودک بی‌سرپرست را در اختیار زن و شوهر درخواست کننده می‌گذارد. مادهٔ ۴ قانون در بارهٔ این دوره مقرر می‌دارد: «قبل از صدور حکم سرپرستی، دادگاه با کسب نظر مؤسسه یا شخصی که کودک تحت سرپرستی موقت اوست، طفل را با صدور قرار دورهٔ آزمایشی به مدت شش ماه به زوجین سرپرست خواهد سپرد. عدم موافقت افراد یا مؤسسات مذکور، در صورتی که به تشخیص دادگاه به مصلحت کودک نباشد، قابل ترتیب اثر نخواهد بود. در مدت دورهٔ آزمایشی دادگاه مجاز است، بنا به تقاضای دادستان یا انجمن ملی حمایت کودکان یا مؤسسه‌ای که طفل قبلا در آنجا تحت سرپرستی بوده است و یا رأساً در اثر تحقیق به وسائل مقتضی دیگر، قرار صادره را فسخ

نماید. زوجین سرپرست در مدت آزمایشی حق دارند انصراف خود را اعلام کنند و در این صورت دادگاه قرار صادره را فسخ خواهد نمود».

بنابراین، دورهٔ آزمایشی مقدمهٔ فرزندخواندگی است. برای این است که خانوادهٔ درخواست کننده و مقامات عمومی اطمینان یابند که فرزندخواندگی ممکن و مفید است. در این دوره، هیچ رابطهٔ حقوقی مستقری بین کودک و خانوادهٔ سرپرست به وجود نمی‌آید. همهٔ امور در نظارت کامل دادگاه است و جنبهٔ آزمایشی دارد؛ چنان‌که برای امکان همین نظارت است که قانون خروج طفل از کشور را در این دوره منوط به موافقت دادستان کرده است (مادهٔ ۱۵).

۵۶۲. آثار حکم سرپرستی؛حضانت و ولایت:

فرزندخواندگی با صدور حکم سرپرستی از طرف دادگاه آغاز می‌شود. از این تاریخ، کودک پذیرفته شده در حکم فرزند خانواده است. زن و شوهر پذیرنده بایستی، مانند پدر و مادر مشروع، به نگاهداری و تربیت کودک بپردازند و هزینهٔ معاش و تحصیل او را تحمل کنند. از سوی دیگر، کودک نیز وظیفه دارد که در خانهٔ پدر خوانده زندگی کند و پاس احترام آنان را نگاهدارد. در مادهٔ ۱۱ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست، در بارهٔ روابط طفل و خانوادهٔ سرپرست، چنین آمده است:«**وظایف و تکالیف سرپرست و طفل تحت سرپرستی او، از لحاظ نگاهداری و تربیت و نفقه و احترام، نظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر است**».

تبصرهٔ مادهٔ ۱۱ نیز این حکم را در بارهٔ ادارهٔ اموال و نمایندگی قانونی طفل تکمیل می‌کند و آن را به عهدهٔ سرپرست می‌داند، ولی در پایان می‌افزاید: «... مگر آنکه دادگاه ترتیب دیگری اتخاذ نماید.» بنابراین، پدر و مادر سرپرست هیچ حق تقدمی در بارهٔ ولایت بر فرزند خوانده ندارند و دادگاه آزاد است که این سمت را به هر کس صلاح می‌داند بسپارد.

این ترتیب، از نظر مبنای فرزندخواندگی منطقی و قابل دفاع است. زیرا، اگر هدف از سرپرستی طفل تنها حمایت از او باشد، لزومی ندارد که دادگاه مصلحت‌اندیشی در بارهٔ

کودک را به دلیل حق تقدم زن و شوهر سرپرست متوقف سازد. وانگهی، برابر بودن سرپرستان با سایرین، این نگرانی را که ممکن است فرزندخواندگی به دلیل چشم طمع داشتن به مال کودک انجام شود از بین می‌برد.

با وجود این، بیگانه شمردن زن و شوهر سرپرست، از نظر روانی و اخلاقی قابل انتقاد است: هر خانواده انتظار دارد که، در برابر زحماتی که متحمل می‌شود، اختیار ادارهٔ اموال و تربیت کودک را داشته باشد. تفویض این اختیار بر مسؤولیت آنان و همبستگی با کودک می‌افزاید و در نتیجه به مصلحت طفل است، در حالی که دخالت دیگران یا نظارت مستمر دادستان از استواری این پیوند می‌کاهد و باعث می‌شود که طرفین در برابر هم احساس بیگانگی کنند. بنابراین، رویهٔ قضایی باید حق تقدم پدر و مادر سرپرست را در عمل رعایت کند. به ویژه که به طور معمول این گونه کودکان دارایی سرشاری از خود ندارند و در بیشتر موارد از حیث گذران معاش نیز به سرپرست نیاز دارند. پس، روا نیست که دربارهٔ ادارهٔ اموالی که سرپرست به کودک واگذار کرده است بیگانه‌ای نمایندگی طفل را به عهده داشته باشد.

نکتهٔ دیگری که نباید از نظر پنهان بماند این است که در تبصرهٔ مادهٔ ۱۱ ولایت به عهدهٔ سرپرست نهاده شده و، چون سرپرستی را زن و شوهر به توافق و اشتراک درخواست می‌کنند، معنی قانون این می‌شود که ولایت و نمایندگی نیز به زن و شوهر سرپرست داده خواهد شد و هیچ امتیازی پدر خوانده بر مادر خوانده ندارد. این حکم، که دانسته یا ندانسته نخستین گام در راه الغای ریاست شوهر بر خانواده است، از نظر مصالح کودک زیان بار است و شایسته نبود که قانونگذار نهضت طرفداری از حقوق زن را با بی‌اعتنایی به حقوق کودکان بی‌سرپرست آغاز کند:

همه می‌دانیم که ولایت چند تن بر کودک چه مفسده‌هایی به بار می‌آورد. بر فرض حسن نیت کامل و لیاقت اولیاء نیز، اختلاف سلیقه‌ها باعث می‌شود که منافع مادی و معنوی کودک به خطر افتد: یکی مایل است خانهٔ مولی علیه را بفروشد و دیگری اجارهٔ آن را ترجیح می‌دهد، یکی سعی دارد کودک را به فراگرفتن موسیقی تشویق کند و دیگری آن را از فنون زیان‌بار می‌شناسد؛ پدر خوانده مایل است پس انداز کودک را در

شرکتی سرمایه‌گذاری کند و مادر خوانده خرید جهیز او را مقدم می‌داند... و مانند اینها.

قانونگذار نیز به این دشواری‌ها، که گاه باعث کدورتهای بزرگ خانوادگی می‌شود، توجه دارد و به همین ملاحظه، چندی با حذف ولایت جد پدری در زمان حیات پدر، ترتیبی داد که، در مورد فرزند طبیعی و مشروع، هیچ‌گاه بیش از یک نفر ولایت و نمایندگی طفل را به عهده نداشته باشد (مادهٔ ۱۵ قانون حمایت خانواده)[1]. پس از نسخ ضمنی قانون حمایت خانواده و احیای دوبارهٔ ولایت پدر بزرگ، جامعه خود به درمان این درد پرداخت. از دیرباز رسوم اجتماعی رفته رفته از اختیار جد پدری کاست و اخلاق عمومی دخالت پدر را در خانوادهٔ پسر خود ممنوع ساخت؛ چندان که در عمل می‌توان گفت، تا زمانی که پدر زنده است، به تنهایی ولایت فرزند را به عهده دارد. اکنون این پرسش به وجود می‌آید که چرا راه حلی که برای فرزند حقیقی خانواده مردود شناخته شده در همان سال (۱۳۵۳) برای فرزند خوانده تجویز شده است و این دوگانگی را بر چه منطقی می‌توان استوار کرد؟

از این گذشته، تبصرهٔ مادهٔ ۱۱ به درستی معلوم نمی‌کند که ولایت پدرخوانده و مادر خوانده به طور اجتماعی است یا هرکدام به تنهایی نمایندهٔ قانونی کودک و ولی او به شمار می‌رود؟

از ملاک مواد ۶۶۹و ۸۵۴ قانون مدنی استفاده می‌شود که در این گونه امور نمایندگان باید به اجتماع عمل کنند و در کار خود استقلال ندارند.

بدین ترتیب، هر اختلاف سلیقه‌ای ادارهٔ امور کودک را معطل می‌گذارد و دخالت دادگاه را برای یافتن راه‌حل مناسب ضروری می‌کند؛ همانند حقوق کشورهای اروپایی (مانند فرانسه) که در آن‌ها برابری مادر و پدر در ولایت بر فرزند پذیرفته شده است.

۵۶۳. وضع پدر زوج:

از مجموع مواد قانون حمایت از کودکان، به ویژه مفاد مادهٔ ۱۱، چنین بر می‌آید که

۱. ش ۵۰۵ به بعد.

طفل پذیرفته شده از هر حیث به منزلهٔ فرزند خانواده نیست. رابطهٔ حقوقی تنها بین زن و شوهر سرپرست و فرزند خوانده ایجاد می‌شود و سایر خویشان، مانند اجداد و فرزندان زن و شوهر، با طفل نسبتی ندارند.

با وجود این، چون فوت زوجین در زمرهٔ موارد انحلال سرپرستی نیامده است، باید دید آیا ولایت به پدر زوج سرپرست واگذار می‌شود یا او نسبت به فرزندخواندهٔ پسرش سمتی ندارد؟

ظاهر این است که باید برای طفل قیم معین شود و ارادهٔ زن و شوهر در قبول سرپرستی تنها برای آنان ایجاد تکلیف می‌کند، ولی حق این بود که قانونگذار وضع فرزندخوانده را شبیه فرزند حقیقی سازد و حمایت خود را از کودکان بدون سرپرست کامل سازد و برای تأمین آزادی پدر بزرگ نیز به او اختیار دهد که ولایت را رد کند.

۵۶۴. الزام به انفاق:

در مورد فرزند خوانده نیز همان قواعد حاکم بر انفاق خویشان نسبی حکمفرماست: الزام به انفاق متقابل و منوط به استطاعت انفاق کننده و نیاز مستحق نفقه است و در دوران کودکی فرزند خوانده نیز رنگ خاص دارد.

با وجود این، چنان‌که گفته شد، این الزام متقابل تنها در روابط زوجین سرپرست و کودک به وجود می‌آید و فرزند خوانده با اجداد و فرزندان و نواده‌های سرپرست خود هیچ نسبتی ندارد.

ولی، پاسخ دادن به این پرسش دشوار است که آیا الزام به انفاق با کبیر شدن کودک پایان می‌پذیرد یا مانند آثار قرابت همچنان باقی می‌ماند؟

دشواری از ابهام وضع کودکی که به سرپرستی داده می‌شود سرچشمه می‌گیرد ،زیرا معلوم نیست که آیا قرابتی، هرچند حکمی و مجازی، بین طفل و زن و شوهر سرپرست به وجود می‌آید، یا حمایت قانون از کودکان بی‌سرپرست موجب شده است که تکالیفی شبیه پدر و مادر واقعی برای زوجین در باب نگاهداری و تربیت از طفل به وجود آید؟

اگر منظور ایجاد قرابت حکمی و فرزندخواندگی به معنی مرسوم آن باشد، طبیعی است که این رابطه با کبر از بین نمی‌رود و الزام به انفاق نیز باقی می‌ماند. بر عکس، چنان که از عنوان قانون بر می‌آید، هرگاه هدف حمایت از کودک باشد، با رسیدن به سن کبر مبنای الزامات طفل و زوجین سرپرست از بین می‌رود و آنان در برابر هم بیگانه‌اند.

در قانون حمایت از کودکان بی سرپرست نشانه‌هایی از تأیید نظر اخیر وجود دارد: از جمله این‌که حکم سرپرستی از موجبات ارث نخواهد بود (مادهٔ ۲)، و در همه جای قانون از حمایت کودک سخن می‌گوید و در هیچ حال نمی‌توان انسان بالغی را به فرزندی پذیرفت. با این همه، به نظر می‌رسد که قرائن ایجاد نوعی قرابت مجازی و ناپایدار در این قانون قوی‌تر است.

برای مثال، در مادهٔ ۱۴ آمده است که: «مفاد حکم قطعی سرپرستی به ادارهٔ ثبت احوال ابلاغ و در اسناد سجلی زوجین سرپرست و طفل درج و شناسنامهٔ جدیدی برای طفل فقط با مشخصات زوجین سرپرست و نام خانوادگی زوج صادر خواهد شد». این حکم نشان می‌دهد که آثار سرپرستی با رسیدن به سن رشد پایان نمی‌پذیرد و طفل به عنوان فرزند خوانده می‌تواند همیشه از نام پدر و مادر حکمی خود استفاده کند و به عنوان فرزند آنها معرفی شود.

بنابراین، نه تنها می‌توان ادعا کرد که تکلیف مربوط به انفاق در اثر بلوغ کودک از بین نمی‌رود، شاید بتوان گفت، این الزام بین زوجین سرپرست و فرزندان و نواده‌های طفل تحت سرپرستی وجود دارد. لزوم پیروی نظام حقوقی ما از شرع این احتمال را ضعیف و قابل انتقاد می‌کند. زیرا، ایجاد رابطهٔ قرابت بین فرزند خوانده و زن و شوهر سرپرست، به گونه‌ای که به سایر خویشان نیز سرایت کند، با فقه منافات دارد و فرض این است که قانونگذار نیز از آن احتراز می‌کند.

۵۶۵. وراثت:

چنان‌که اشاره شد، مادهٔ ۲ قانون فرزند خواندگی را از موجبات ارث نمی‌داند. پس، نه فرزند خوانده از زوجین ارث می‌برد، نه زوجین در زمرهٔ وراث او در می‌آیند. ولی،

چون محروم ماندن از میراث خانوادهٔ پذیرنده آیندهٔ کودک و تربیت او را به خطر می‌اندازد، مادهٔ ۵ یکی از شرایط صدور حکم سرپرستی را تأمین هزینهٔ نگاهداری و تربیت طفل تا سن بلوغ قرار داده است تا در صورت فوت درخواست‌کنندگان از محل اطمینان‌بخشی استفاده شود.

یکی از وسایل تأمین این هزینه‌ها، انتقال وجوه یا اموالی به نام طفل است. به طور معمول نیز از این وسیله استفاده می‌شود، تا ضمن تأمین هزینهٔ نگاهداری و تربیت طفل، از دارایی زوجین سهمی به او برسد و از میراث محروم نماند. منتها، نگرانی خانواده‌ها در این است که اگر کودک بمیرد، بیهوده آن اموال به دولت یا ورثهٔ فرزند خوانده در خانوادهٔ حقیقی او می‌رسد. برای رفع همین نگرانی، در تبصرهٔ مادهٔ ۵ آمده است که: «هرگاه وجوه یا اموالی از طرف زوجین سرپرست به طفل تحت سرپرستی صلح شده باشد، در صورت فوت طفل، وجوه و اموال مذکور از طرف دولت به زوجین سرپرست تملیک خواهد شد».

در واقع، قانونگذار فرض کرده است که هرگونه بخشش به طفل با این شرط ضمنی همراه است که موضوع تملیک برای استفادهٔ شخص او داده می‌شود و در صورت فوت باید عقد منفسخ شود (مانند هدیه‌ای که به نامزد داده می‌شود)[1].

کلمهٔ «صلح» در ماده نابجا به کار رفته، زیرا صلح ممکن است معوض و در مقام معامله به کار رود (مادهٔ ۷۵۸ ق.م.). در حالی که به نظر می‌رسد مقصود اشاره به هرگونه تملیک مجانی (یا باعوض ناچیز) باشد. بنابراین، اگر زوجین مالی را به کودک ببخشند، نمی‌توان گفت چون به عنوان صلح نبوده است مشمول تبصرهٔ مادهٔ ۵ نمی‌شود. همچنین، اگر زوجین معاملهٔ معوضی در مقام داد و ستد با فرزند خواندهٔ خود بکنند، نباید چنین پنداشت که آن‌چه به فرزند خوانده صلح شده است بعد از فوت او به زوجین بر می‌گردد.

راه‌حلی هم که قانون برای بازگرداندن اموال مورد صلح به زوجین انتخاب کرده ناشیانه و مخالف اصول است. زیرا، دولت در فرضی که کودک وارث دیگر دارد نه وارث او محسوب می‌شود و نه نمایندهٔ آنان، پس چگونه می‌تواند مورد صلح را به زوجین

۱. رک. به قرائت و تمرین (۲) - ۲.

تملیک کند؟ از سوی دیگر، معلوم نیست چرا مالی که از طرف یکی از زوجین تملیک شده تنها به خود او باز نمی‌گردد؟ قانون می‌تواند به هر مجاز، هر چند نامعقول باشد، حکم کند، ولی قانونگذار عاقل و ماهر نباید، در مقام اجرای منظور خویش، اصول حقوقی و نظم حاکم بر قوانین را درهم بریزد.

در این فرض به جای این‌که دولت مأمور تملیک اموال به زوجین شود، کافی بود در تبصره چنین بیاید که: «با فوت کودک، تملیکات مجانی که از طرف زوجین به سود او انجام شده است منفسخ می‌گردد»: بدین ترتیب، آن‌چه تملیک شده به مالک آن باز می‌گردد و هیچ اصلی نیز نقض نمی‌شود.

به اضافه حق این بود که، بازگشتن اموال به زوجین، موکول به زنده بودن آنان و فوت کودک پیش از رسیدن به سن رشد و نداشتن ورثهٔ دیگر شود. شرط «زنده بودن» تملیک کننده را رویهٔ قضایی می‌تواند از لحن تبصره استنباط کند. ولی، با وجود تبصرهٔ ۵، هرگاه پدر خوانده قالیچه‌ای به فرزند خوانده هدیه کند و او پس از رسیدن به سن رشد و ازدواج فوت کند، قالیچه به فرزندان و همسر او نمی‌رسد و باید از طرف دولت به پدر خوانده تملیک شود!

۵۶۶. حرمت نکاح:

یکی از نقص‌های مهم قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست، سکوت دربارهٔ امکان یا حرمت نکاح طفل با پدر یا مادر خوانده و سایر خویشان نزدیک آنان است. این نقص رویهٔ قضایی را با مشکل بزرگی روبرو می‌سازد که به آسانی نمی‌توان از آن گذشت:

از یک سو، ممنوع بودن نکاح اشخاص با یکدیگر از امور استثنایی است که به آداب و رسوم اجتماعی و سنت‌های مذهبی ارتباط نزدیک دارد و به دشواری می‌توان موارد آن را توسعه داد. دعاوی مربوط به اصل نکاح و طلاق در صلاحیت محاکم شرعی خانواده است و همین امر مانع از باطل شناختن نکاحی می‌شود که از نظر مذهبی نافذ است. در قانون مدنی نیز تنها قرابت نسبی و سببی و رضاعی از موانع نکاح است و از این حیث با قواعد شرعی تفاوت ندارد. پس، چگونه دادگاه می‌تواند امر حادثی، مانند

فرزندخواندگی را، که ماهیت آن در قانون نیز مورد تردید است از موانع نکاح شمارد و آزادی اشخاص را سلب کند؟

از سوی دیگر، امکان زناشویی کردن با کودکی که به فرزندی پذیرفته شده است با هدف قانونگذار از تأسیس این سازمان حقوقی تعارض دارد و آن را بیهوده می‌سازد. کودک بی سرپرست بدین‌منظور به خانواده‌ها سپرده می‌شود که در محیطی شبیه خانوادهٔ طبیعی خود پرورش یابد و معنای همبستگی و فداکاری را بفهمد. این کانون پرورشی و آموزشی باید از آلایش‌های مادی و شائبه‌های هوسبازی و جنسی منزه باشد، وگرنه هیچ‌گاه نتیجهٔ مطلوب را نمی‌دهد؛ چنان‌که، در خانواده‌های طبیعی نیز، یکی از دلایل ممنوع بودن نکاح با محارم همین ملاحظات اخلاقی است. زن و مردی که کودک بی‌سرپرست را در خانوادهٔ خود می‌پذیرند باید به دیدهٔ فرزندی به او نگاه کنند و تنها به سعادت او بیندیشند. وسوسهٔ عشقبازی و همسری با چنین موجودی خانواده را به کانون معشوق‌پروری و هوسبازی تبدیل می‌کند و نظم عمومی را به خطر می‌افکند.

وانگهی، اخلاق عمومی نمی‌تواند زن و شوهری کسانی را که در حکم پدر و فرزند بوده‌اند و در اوراق هویت خود نیز به همین عنوان به جامعه معرفی می‌شوند بپذیرد (مواد ۱۱ و ۱۴ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست). آیا صدور شناسنامهٔ طفل با نام خانوادگی زوج کنایه از این نیست که قانون او را در حکم فرزند خانواده می‌داند و دست کم ثبت نکاح آن دو را غیر ممکن می‌سازد؟

باید انصاف داد که دلایل مربوط به منع نکاح با فرزند خوانده قوی‌تر است، به ویژه که روح مواد قانون مدنی دربارهٔ حرمت نکاح با خویشان رضاعی نیز آن را تأیید می‌کند. اگر یک شبانه روز شیرخوردن در آغوش زنی او را در حکم مادر طفل قرار دهد، منطقی است که پرورش یافتن در دامان او، بر مبنای تصمیم دادگاه و به عنوان مادر خوانده، ایجاد حرمت در نکاح کند.

بنابراین، به نظر می‌رسد که نکاح زن و شوهر سرپرست با طفل و اولاد او ممنوع است و دفاتر نکاح بایستی از عقد چنین کسانی پرهیز کنند و مفاد شناسنامهٔ آنان را محترم و دلیل منع قانونگذار شمارند. ولی، دربارهٔ سرایت دادن این حرمت به سایر

خویشان، اخلاق عمومی قاطع نیست و از مفاد قانون حمایت ازکودکان بی سرپرست نیز نمی‌توان دلیلی بر وجود این حرمت استنباط کرد. با این که فرزند خواندگی به حکم دادگاه ایجاد می‌شود، مبنای این حکم درخواست زن و شوهر و تصمیم دولت به سرپرستی و رعایت مصلحت طفل است. پس، تحمیل نتایج این خویشی ارادی و انتخابی به سایر خویشاوندان طرفین، نیاز به حکم خاص قانونگذار دارد.

۵۶۷. رابطهٔ فرزند خوانده با خانوادهٔ واقعی خود:

با ملاحظهٔ مادهٔ ۱۴ قانون حمایت ازکودکان بی سرپرست که به موجب آن «شناسنامهٔ جدیدی برای طفل فقط با مشخصات زوجین سرپرست و نام خانوادگی زوج صادر می‌شود» ممکن است این تصور به وجود آید که، با صدور حکم سرپرستی، رابطهٔ خویشاوندی کودک با خانوادهٔ اصلی قطع می‌شود. ولی، این تصور را باید از ذهن زدود. زیرا، چنان‌که گفته شد، خویشان زوجین سرپرست هیچ نسبتی با کودک پیدا نمی‌کنند و دلیلی بر قطع رابطهٔ خویشاوندی خونی و طبیعی کودک وجود ندارد. قطع این رابطه امری است مجازی که تنها با حکم صریح قانونگذار ممکن است و، نه تنها چنین حکمی در قانون به چشم نمی‌خورد، امکان فسخ سرپرستی در اثر توافق با پدر و مادر واقعی طفل (بند ۳ از مادهٔ ۱۶) دلیل بر بقای آن است. حکم سرپرستی باعث می‌شود که اقتدار پدر و مادر حقیقی در باب نگاهداری و تربیت فرزند به سرپرست منتقل شود، لیکن سایر آثار قرابت به جای خود می‌ماند. بنابراین:

۱. فرزند خوانده نمی‌تواند با خویشان نسبی و رضاعی خویش نکاح کند و حکم سرپرستی هیچ تغییری در منع قانونگذار نمی‌دهد.

۲. فرزند خوانده از اقوام خود ارث می‌برد و ترکهٔ او نیز، با رعایت قواعد ارث، به آنان می‌رسد. لیکن، هرگاه عین اموالی که زوجین سرپرست به فرزند خوانده بخشیده‌اند موجود باشد، به خودشان باز می‌گردد و جزء ترکه به وارث منتقل نمی‌شود.

۳. احکام مربوط به الزام به انفاق در روابط بین فرزند خوانده و پدر و مادر و اجداد واقعی اجرا می‌شود. منتها، تا زمانی که کودک به سرپرستی نیاز دارد، زوجین سرپرست

در اجرای این تکلیف مقدم بر آنان هستند.

مبحث سوم: قطع رابطهٔ فرزند خواندگی

۵۶۸. پایان فرزندخواندگی و اعلام بطلان آن:

با این که فوت زوجین در زمرهٔ موارد انحلال فرزندخواندگی نیامده است، از لحن قانون و به ویژه عنوان «سرپرستی» که برای زن و شوهر پذیرنده انتخاب شده است، چنین بر می‌آید که با فوت زن و شوهر موضوع سرپرستی منتفی است و باید برای طفل قیم معین شود و هرگاه دیگری، از لحاظ استطاعت مالی و اخلاقی بتواند به سرپرستی ادامه دهد، به تنهایی این وظیفه را عهده دار خواهد شد.

جدایی زن و شوهر، به رابطهٔ فرزند خواندگی لطمه نمی‌زند و نباید چنین پنداشت که، چون رابطهٔ زناشویی و توافق زن و شوهر شرط لازم برای صدور حکم فرزند خواندگی است، انحلال نکاح آن را از بین می‌برد. مادهٔ ۱۲ قانون در این باره مقر می‌دارد: **«در مواردی که اختلاف زناشویی زوجین سرپرست منجر به صدور گواهی عدم امکان سازش می‌شود، دادگاه در مورد طفل تحت سرپرستی به ترتیب مقرر در قانون حمایت خانواده اقدام خواهد کرد».**

گذشته از فوت و جدایی زوجین، هرگاه در اثر اعتراض (ثالث) پدر و مادر حقیقی طفل معلوم شود که شرایط صدور حکم فرزند خواندگی جمع نبوده یا در جریان دادرسی حیله‌ای به کار رفته است، دادگاه صادر کننده باید آن را ابطال کند (ش ۵۵۹). امکان پذیرفته شدن اعتراض ثالث ممکن است باعث سوء استفادهٔ پدر و مادر حقیقی کودک و ایجاد کشمکش‌های ناگوار بین آنان و زوجین سرپرست شود. به همین جهت بهتر است قانونگذار موارد آن را محدود سازد یا به دادرس اختیار دهد که، هرگاه

مصلحت طفل را در خطر ببیند، از پذیرفتن دعوا خودداری کند[1].

۵۶۹. موارد فسخ فرزندخواندگی:

به موجب مادهٔ ۱۶ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست: «سرپرستی که به موجب این قانون برقرار می‌شود، فقط در موارد زیر قابل فسخ است:

۱. تقاضای دادستان، در صورتی که سوء رفتار یا عدم اهلیت و شایستگی هر یک از زوجین سرپرست برای نگاهداری و تربیت طفل تحت سرپرستی محرز باشد.

۲. تقاضای سرپرست، در صورتی که سوء رفتار طفل برای هریک از آنان غیرقابل تحمل باشد. همچنین، در موردی که سرپرست قدرت و استطاعت برای تربیت و نگاهداری طفل را از دست داده باشد.

۳. توافق طفل بعد از رسیدن به سن کبر با زوجین سرپرست یا موافقت زوجین سرپرست با پدر و مادر واقعی طفل صغیر.

نکتهٔ جالب این است که قانونگذار استحکام خانوادهٔ زن و شوهر پذیرنده را بر بقای فرزند خواندگی ترجیح داده است و به همین جهت وجود علت فسخ در یکی از زوجین را برای انحلال فرزند خواندگی کافی می‌داند.

۵۷۰. صدور حکم فسخ سرپرستی:

فسخ سرپرستی نیز، مانند ایجاد آن، با صدور حکم تحقق می‌یابد و موقعیت ایجاد شده را از بین می‌برد. تشریفات صدور این حکم با گواهی عدم امکان سازش (در قانون حمایت خانواده) در مورد طلاق شباهت دارد. به موجب مادهٔ ۱۷: «قبل از صدور حکم فسخ سرپرستی، دادگاه در هر مورد سعی خواهد نمود که اقدامات لازم را در جهت بقاء سرپرستی به عمل آورد. در صورت صدور حکم فسخ سرپرستی و قطعیت آن، مراتب به

۱. برای مطالعهٔ تاریخ اعتراض ثالث در حقوق فرانسه و وضع کنونی آن نسبت به حکم فرزند خواندگی رجوع شود به، مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۱، ش ۱۰۳۶ ـ مارتی و رینو، ج ۱، بخش ۲، ش ۴۸۱ ـ آلکس ویل، اشخاص خانواده و محجورین، ش ۶۷۹.

وسیلهٔ دادگاه صادر کنندهٔ حکم برای تصحیح شناسنامه و اسناد مربوط به ادارهٔ ثبت احوال اعلام می‌شود. قانون معین نکرده است که شناسنامه چگونه تصحیح می‌شود، ولی به نظر می‌رسد که باید به وضع پیش از فرزندخواندگی بازگردد و در صورت امکان نام پدر و مادر حقیقی در آن ذکر شود.

قرائت و تمرین (۱۳)

۱. ماهیت سرپرستی ازکودکان بی‌سرپرست

گفته شد که هدف قانون ۱۳۵۳ حمایت از کودکان بی سرپرستی است که در خانواده‌ای پذیرفته می‌شوند. قانونگذار می‌خواهد پیوند حقوقی میان خانواده و کودک را جانشین ارتباط نسبی و خونی سازد و نهاد «فرزند خواندگی» را به‌گونه‌ای به نظام حقوقی بیفزاید.

دلیل احتیاط و پرده‌پوشی این است که در حقوق اسلام قواعد مربوط به نسب و آثار آن و، به ویژه میراث، از احکام مربوط به نظم عمومی است. این احکام خانوادهٔ مشروع را با دقت تمام از اتحاد قراردادی زن و مرد جدا می‌سازد و زواج را شرط ایجاد خانواده قرار می‌دهد. هر قرارداد که به طور مستقیم یا ضمنی در پی حذف این شرط باشد باطل و بی اثر است و از سازمان اخلاقی و اقتصادی خانواده در برابر هر تقلب و انحراف حمایت می‌شود: هیچ کس نمی‌تواند دیگری را به فرزندی پذیرد و در شمار وارثان خود قرار دهد، یا از فرض وارثی بکاهد یا او را از ارث محروم کند. حمایت و سرپرستی و نگاهداری یتیمان تحسین و تشویق می‌شود، ولی بیگانه سرانجام بیگانه است: نه در زمرهٔ محرمان در می‌آید، نه نامی از خانواده می‌برد نه سهمی از میراث آن. در حالی که، در حقوق اروپایی و امریکایی ریشهٔ رومی فرزندخواندگی پرورش یافته و قانونگذار برای جبران خطاهای دوران جوانی از آن استفاده‌کرده است. زن و شوهر می‌توانند ثمرهٔ عشق پیشین را به فرزندی پذیرند یا با نکاح خود سرپوش «مشروع» بر کودک طبیعی خود نهند یا سرانجام حرمان خود را از موهبت پدر و مادر شدن جبران سازند؛ کودکی بی‌سرپرست را به

فرزندی پذیرند و انتخاب خود را جانشین فیض الهی سازند.

این هدف اخیر راه پیوند «فرزندخواندگی» را با حقوق ما فراهم می‌سازد. زیرا، اگر به حرمت خانواده زیانی نرسد، چه بهتر از این که کودکی بی پناه مأمنی شایسته بیابد و خانواده‌ای به کمال رسد. نویسندگان قانون ۱۳۵۳ نیز از همین کوره راه سود برده‌اند و عنوان قانون را چنان برگزیده‌اند که هیچ واکنش نامطلوبی برنینگیزد. همین روش عاقلانه باعث شده است تا آفریدهٔ آنان از گزندباد و باران مصون ماند.

احتیاط قانونگذار، در برابر همهٔ فوایدی که دارد، سبب می‌شود که پرده‌ای از ابهام بر ماهیت این سرپرستی باقی بماند. حقوقدانی که با نهادهای بومی و شناخته شده خو گرفته است و می‌خواهد که صورت نو را نیز در آینهٔ کهن ببیند، از خود می‌پرسد این سرپرستی چیست؟ آیا ولایت است؟ آیا نوعی قیمومت است؟ آیا خانوادهٔ پذیرنده امین جامعه هستند و به نمایندگی حاکم در تربیت و نگاهداری کودک دخالت دارند؟ آیا با صدور حکم کودک از خانوادهٔ طبیعی جدا می‌شود و به گروهی دیگر می‌پیوندد؟

حقیقت هیچ کدام از اینها نیست. حکم دادگاه چهرهٔ تأسیسی دارد؛ نه فرض حقوقی در وجود نسب طبیعی ایجاد می‌کند و نه از واقعیت خارجی خبر می‌دهد. موقع ویژه‌ای به وجود می‌آورد که احکام خاص خود را دارد و قیاسِ آن با ولایت یا قیمومت یا امانت درست نیست. با وجود این، گاه اختصار قانون ایجاب می‌کند که دادرس، به دستاویز شباهت، حکمی از سازمان‌های دیگر حقوقی را به عاریت بگیرد. برای مثال، حدود اختیار سرپرست در ادارهٔ دارایی کودک تا چه اندازه است؟ آیا همانند قیم با نظارت دادستان عمل می‌کند یا همچون ولی قهری استقلال دارد؟

طرح این سؤال بیشتر جنبهٔ نظری دارد، زیرا کودکی که از نوانخانه گرفته می‌شود مالی در خور توجه ندارد تا بر سر اختیار سرپرستی بحثی درگیرد. با وجود این، فرض دارایی سرشار برای کودک بی سرپرست نیز دور از انتظار نیست: احتمال دارد عموی سالخورده‌ای نتواند یا نخواهد از برادرزادهٔ تنها و بی یاور خود سرپرستی کند، ولی ثروت او برای برادرزاده بماند. همچنین، امکان دارد خانوادهٔ پذیرنده یا بیگانه‌ای مهربان اموالی را به کودک ببخشد و ادارهٔ آن به بحث نظری رنگ عملی نیز بدهد.

در تبصرهٔ مادهٔ ۱۱ می‌خوانیم که: «ادارهٔ اموال و نمایندگی قانونی طفل صغیر به عهدهٔ سرپرست خواهد بود، مگر آنکه دادگاه ترتیب دیگری اتخاذ نماید». پس، مقام عمومی دست حمایت را بر سر طفل نگاه می‌دارد و او را به طور قاطع به خانوادهٔ پذیرنده نمی‌سپارد و دادرس می‌تواند ادارهٔ اموال را به دیگری بسپارد یا ناظرانی مورد اعتماد بگمارد تا به کار سرپرست

نظارت کنند یا حدود اختیار او را به تفصیل معین سازد.ولی، در موارد تردید، وضع حقوقی سرپرست به قیم بیش از ولی قهری شباهت دارد و رویهٔ قضایی باید به سوی بازرسی و نظارت درکار امین گام بردارد.

دشواری توصیف حقوقی «سرپرستی» در رویهٔ قضایی نیز آثاری به بار آورده است: می‌دانیم که نصب قیم در صلاحیت دادگاه مدنی است. پس، اگر سرپرست نوعی قیم یا مقامی مانند آن باشد، باید دادگاه خاص جانشین دادگاه عمومی شود و صدور حکم سرپرستی را به عهده گیرد. بر عکس، هرگاه سرپرستی از کودکان بی سرپرست نهادی مستقل و خاص به شمار آید، صلاحیت دادگاه‌های عمومی ترجیح داده می‌شود. اینک جریان این تردید را در رویهٔ قضایی و موضع نهایی دیوان کشور را در این باره مورد مطالعه قرار می‌دهیم و آن را باگزارش معاون اول دادستان کل کشور به دیوان عالی آغاز می‌کنیم:

ردیف ۸/۶۰ هیأت عمومی

هیأت عمومی محترم دیوان عالی کشور

«در خصوص تشخیص دادگاه صلاحیتدار راجع به تعیین سرپرست برای کودکان بی سرپرست موضوع قانون حمایت از کودکان بی سرپرست مصوب اسفندماه ۱۳۵۳ بین شعب ششم و نهم دیوان عالی کشور اختلاف نظر حاصل و آراء متهافتی به شرح مراتب زیر صادرگردیده است:

«۱ـ شعبهٔ ششم دیوان عالی کشور طبق دادنامهٔ شمارهٔ ۶/۵۳۴ـ۵۹/۱۱/۲۶ در پروندهٔ فرجامی ۶۷۳۴/۲۴ در مقام حل اختلاف بین شعبهٔ اول دادگاه عمومی مشهد و دادگاه خانواده محل در مورد درخواست آقای محمد غلامی و خانم مرضیه عرب‌زاده مبنی بر واگذاری سرپرستی طفلی به نام وحید به نامبردگان، چنین اظهار نظرکرده است: با توجه به مواد ۱ و ۲ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست مصوب اسفند ۵۳ که هر زن و شوهر مقیم ایران با تصویب دادگاه و بر طبق مقررات قانون مزبور می‌توانند سرپرستی طفلی را به عهده بگیرند و این‌که بر طبق بند ۳ مادهٔ لایحهٔ قانونی دادگاه خانواده مصوب مهرماه ۵۸ نصب قیم و سرپرست در صلاحیت دادگاه خانواده میباشد و دادگاه‌های مزبور در مشهد تشکیل گردیده است مؤیداً به مادهٔ ۷ قانون حمایت از کودکان که دادگاه صلاحیتدار برای رسیدگی به کلیهٔ امور مربوط به آن قانون را دادگاه حمایت خانوادهٔ محل اقامت درخواست کننده تعیین کرده است فلذا دادگاه خانواده صلاحیت رسیدگی به موضوع درخواست را دارد و بر طبق مادهٔ ۵ لایحهٔ قانونی دادگاه خانواده حل اختلاف می‌گردد».

«۲ ـ شعبهٔ نهم دیوان عالی کشور برابر دادنامهٔ ۹/۵۳۳ـ۶۰/۱/۱۰ در پروندهٔ فرجامی کلاسهٔ ۶۷۳۵/۱۳/ح در مورد مشابهی راجع به تقاضای علی اکبر بیدمشکی و خانم عصمت عرفانیان از دادگاه عمومی مشهد به واگذاری طفلی به خود از شیرخوارگاه مشهد چنین بیان نظر نموده است: نظر به اصالت صلاحیت دادگاههای عمومی در رسیدگی به دعاوی نظر به این‌که بغیر از آن‌چه صریحاً در صلاحیت دادگاه خانواده واقع شده رسیدگی به بقیهٔ دعاوی در صلاحیت دادگاه عمومی می‌باشد و در لایحهٔ قانونی مدنی خاص نیز به موضوع این دعوا تصریح نشده دادگاه مذکور صلاحیت رسیدگی به آن را ندارد، علیهذا با اعلام صلاحیت دادگاه عمومی حل اختلاف می‌شود.»

«با توجه به مراتب فوق، چون موضوع از مصادیق مادهٔ واحدهٔ قانون مربوط به وحدت رویهٔ قضایی مصوب ۱۳۲۸ می‌باشد، لذا طرح آن در هیئت عمومی دیوانعالی به منظور اتخاذ رویهٔ واحد قضایی تقاضا می‌شود».

هیأت عمومی دیوان عالی در جلسهٔ مورخ ۱۳۶۰/۴/۶، در بارهٔ این تقاضا و نسبت به حل اختلاف بین دادگاه‌ها و به منظور ایجاد وحدت رویهٔ قضایی، بدین شرح رأی صادر می‌کند:

رأی شمارهٔ ۲۲:

رأی هیأت عمومی دیوان عالی

«عبارت (نصب قیم) در بند ۳ از مادهٔ ۳ لایحهٔ قانون دادگاه خانواده ناظر به مواردی است که مطابق قوانین مدنی و امور حسبی دادگاهها موظفند برای صغار نصب قیم نمایند و عبارت مذکور به هیچ وجه شامل موضوع سرپرستی مذکور در قانون حمایت کودکان بی سرپرست مصوب اسفندماه ۱۳۵۳ که از حیث نحوهٔ سرپرستی و شرایط به کلی با مفهوم قیمومت و مختصات آن متفاوت است نمی‌باشد، علیهذا نظر شعبهٔ نهم دیوانعالی کشور که مشعر به صلاحیت دادگاه عمومی است موجه و منطبق با موازین قانونی تشخیص و تأیید می‌شود ـ این رأی مطابق قانون وحدت رویهٔ قضایی مصوب ۱۳۲۸ در موارد مشابه لازم‌الاجراست».

۲. تعهد به شناسایی و مشروع ساختن فرزند طبیعی

گفته شد که در حقوق ما کودکی به پدر و مادر طبیعی خود منسوب می‌شود که ناشی از ازدواج درست باشد یا دست کم پدر و مادر چنین پندارند که زواجی مشروع وجود دارد (ولد به

شبهه). فرزند ناشی از رابطهٔ آزاد تیره بختی است محصول گناه که به خانواده‌ای تعلق ندارد، حتی اگر آن رابطهٔ آزاد به ازدواج نیز منتهی شود. فرزند خواندگی نیز نسب طفل طبیعی را مشروع نمی‌سازدو کودک را فرزند خانواده نمی‌کند. زن و شوهر پذیرنده را به نگاهداری از طفل و تربیت او مکلف می‌سازد و نام خانوادگی را بر سر او می‌نهد، ولی از جهت میراث و حرمت نکاح بیگانه است و وضعی ناپایدار دارد.

هدف این سختگیری، حمایت از خانواده و جلوگیری از همخوابگی نامشروع و مجازات پدر و مادری است که در پی شکستن خانواده و پیروی از هوس‌های آلوده هستند. ولی، این نکتهٔ اخلاقی را نیز نادیده نمی‌توان گرفت که کیفر گناه زن و مرد هوسباز به بی‌گناهی آسیب می‌رساند و او را از نعمت داشتن خانواده محروم می‌سازد. برای گناهکاران اصلی در توبه باز است و جامعه نیز پرده‌پوشی و عفو را از آنان دریغ ندارد، لیکن ثمرهٔ گناه محکوم به بی هویتی و شرمساری است.

این نتیجهٔ نامطلوب را با وضع قاعده نمی‌توان از بین برد، چراکه ثمرهٔ متقابل آن اباحهٔ رابطهٔ آزاد زن و مرد و بیهوده ساختن بنیان نکاح است، لیکن انصاف حکم می‌کند که راه‌های فرعی برای پذیرش کودک بی‌گناه به خانوادهٔ خود مسدود نگردد و پدر و مادری که بار گناه را بر دوش دارند فارغ نمانند و ناچار از نگاهداری از فرزند خود شوند:

فرزندخواندگی تمهیدی است که قانونگذار در این زمینه اندیشیده، ولی رویهٔ قضایی نیز نسبت به این مسأله مهم اجتماعی حساس است و در موارد گوناگون جانب انصاف نگاه می‌دارد. در چنین مواردی پدر طبیعی گریزپا است، از دشواری اثبات نکاح و انتساب فرزند به خود سوء استفاده می‌کند تا همهٔ سنگینی تجاوز مشترک به قانون را بر دوش مادر گذارد. واکنش رویهٔ قضایی نیز این است که اثبات نکاح را آسان می‌گیرد و بیشتر مایل است زن و مردی را که چندی با هم به سر برده‌اند زن و شوهر بشناسد و رفتار شوهرگونهٔ مرد را نشانهٔ وقوع تراضی بر نکاح قرار دهد. امارهٔ فراش در قانون مدنی نیز این تلاش را کامل می‌سازد. بر عکس، انکار نسب سخت دشوار است و دادگاه‌ها به شدت از تأیید آن پرهیز می‌کنند و نویسندگان حقوقی نیز به دفاع از این موضع می‌پردازند.

در پرونده‌ای که برای این «قرائت و تمرین» انتخاب شده است، مردی که به ظاهر پیوند زناشویی با زن ندارد، متعهد می‌شود که برای فرزندان آن زن به نام خود شناسنامه بگیرد: یعنی آنان را فرزند مشروع خود بشناسد. دیوان عالی کشور، در حکمی قابل انتقاد و بدون این که به مفهوم آثار شناسنامه گرفتن به نام مردی بیگانه توجه کند، او را ملزم به انجام تعهد خود دانسته

است. بدین ترتیب، رویهٔ قضایی راه دیگری برای شناسایی فرزندان طبیعی و مشروع ساختن نسب آنان بازکرده است ؛ راهی که به فرزندخواندگی می‌انجامد، بدون این‌که قاعدهٔ نامشروع بودن فرزند طبیعی را به صراحت نفی کنند. و اینک شرح دعوا و حکم فرجامی مورخ ۱۳۴۶/۴/۲۷ـ۱۳۸۳ از دادنامهٔ شعبهٔ اول دادگاه استان کرمان (مرحوم دکتر عبدالحسین علی آبادی، موازین قضایی هیأت عمومی دیوانعالی کشور، ج ۴ بخش آراء مدنی، به نقل از مجلهٔ کانون وکلا، ش ۱۰۹):[1]

فرجامخواه: آقای احمد.

فرجامخوانده: بانو ـ ر.

فرجامخواسته: دادنامهٔ شعبهٔ اول دادگاه استان کرمان

گزارش‌کار ـ بانو ر. دادخواستی به خواستهٔ التزام به انجام تعهد به طرفیت آقای ا.گ. به دادگاه شهرستان ی. تقدیم، به خلاصه این‌که خوانده متعهد و ملتزم گردیده است تا خرداد ۴۱ برای دو نفر پسر بنام «ام» و «س» که فرزندان مشار الیه می‌باشند، شناسنامه دریافت نماید. و چون تعهد خود را انجام نداده است، تقاضای رسیدگی و صدور حکم را نموده. دادگاه شهرستان خوانده را به ایفای تعهد محکوم نموده است.

از حکم مزبور درخواست رسیدگی پژوهشی شده و شعبهٔ دوم دادگاه استان ک. به عنوان این که پژوهشخواه در سند رسمی مستند دعوا در قبال انصراف مدعیه از دعاوی مطروحه تعهد نموده که برای اطفال مورد بحث به نام خود درخواست تنظیم اسناد سجلی نماید و تعهد پرداخت نفقهٔ آنها را نیز نموده و بدین ترتیب اقرار نموده که‌ام. وس. فرزندان او هستند و بدین نحو به دعاوی مدعیه تسلیم گردیده و اعتراف پژوهشخوانده در سند رسمی مذکور، دایر باین‌که روابط صحیحی بین مشارالیهما موجود بوده، در مقام گذشت پژوهشخواه و تراضی به اخذ شناسنامه و انجام سایر تعهدات او بوده و به نظر لازم‌الرعایه می‌رسد و رونوشت قرار دادگاه شرع هم بدون تاریخ و ظاهراً مربوط به زمان جریان محاکمهٔ طرفین است و از طرفی صدور رأی بدوی صحیح و موقعیت قانونی داشته، دادنامهٔ پژوهشخواسته را تائید نموده است.

محکوم علیه درخواست رسیدگی فرجامی نموده و شعبهٔ دهم دیوانعالی کشور به عنوان این‌که فرجامخوانده الزام فرجامخواه را به اخذ شناسنامه برای دو طفل به استناد قرارداد رسمی خواسته و فرجامخوانده دعوا را تکذیب و اطفال را متعلق به خود ندانسته. فرجامخوانده در

۱. موازین قضایی جلد ۴ چ ۱۳۸۴، شرکت انتشار، ص ۷۴ و همچنین، رک: آرشیو کیهان، مجموعهٔ رویهٔ قضائی، ۱۳۴۷، ص ۱۸۸ به بعد.

پاسخ ادعای زوجیت نموده و او را پدر اطفال معرفی کرده و فرجامخواه در جواب او انکار علقهٔ زوجیت نموده و دادگاه به استناد اقرار و تعهد فرجامخواه را به انجام تعهد محکوم کرده که رأی مزبور در مرحلهٔ پژوهشی استوار گردیده و در این مورد منشأ و مبنای دعوا اختلاف طرفین در زوجیت سابقه است و اظهار نظر در نسب متفرع بر ثبوت علقهٔ زوجیت سابقه می‌باشد. و رسیدگی به اختلاف در اصل نکاح و طلاق مطابق مادهٔ ۷ قانون محاکم شرع با دادگاه شرع است. بنابراین رسیدگی دادگاه قبل از حل اختلاف در زوجیت مستند قانونی نداشته و دادنامهٔ فرجامخواسته را مخدوش تشخیص و آن پرونده به شعبهٔ دیگر دادگاه استان ارجاع می‌گردد.

شعبهٔ اول دادگاه استان کرمان. در تاریخ یازدهم اردیبهشت ۴۴ به موضوع رسیدگی و چنین اظهار نظر نموده است:

ماحصل ادعای خانم ر. پژوهشخوانده رسیدگی به رابطهٔ زناشوئی نبوده تا دادگاه تکلیفی داشته باشد، بلکه چنانکه مشهود است، خواستهٔ بانو ر. صدور حکم بر الزام و محکومیت خوانده به انجام تعهد موضوع سند رسمی شمارهٔ ۳۹/۷/۷ـ۲۸۵۷۴ و صدور شناسنامه به نام ام. وس. می‌باشد که یک نوع عمل قراردادی است که به‌موجب مادهٔ ده قانون مدنی در بارهٔ طرفین نافذ است و بالنتیجه دادنامهٔ محکومیت ا.گ. را به انجام تعهد و ایفای قرارداد سند رسمی شمارهٔ ۳۹/۷/۷ـ۲۸۵۷۴ استوار نموده است که از این حکم درخواست رسیدگی فرجامی شده و خلاصهٔ اعتراضات فرجامخواه این است که مستند دعوا بر خلاف قانون و قواعد آمرهٔ مدنی تنظیم گردیده و استناد به مادهٔ ۱۰ قانون مدنی موردی نداشته چه قراردادهای خصوصی در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، دربارهٔ طرفین نافذ است و توجهی نشده که قرارداد مخالف صریح قانون مدنی تنظیم گردیده، چه قرار شده که دو طفل نامشروع را فرزند مشروع خود قرار دهد و مادهٔ ۱۱۶۷ قانون مدنی صریحاً این عمل را منع نموده و اثر این قرارداد مخالف مادهٔ ۲۳۱ قانون مدنی به اشخاص ثالث برخورد داشته و صاحب حقوق حقه و مسلم اقربا و بستگان شرعی و قانونی اینجانب می‌باشد. و توجه به این‌که فرجامخوانده به فاصلهٔ کمی پس از تنظیم این قرارداد از مرد دیگری در محضر رسمی طلاق گرفته بهترین دلیل است که اطفال متعلق به شوهرش بوده و اینجانب به استناد مادهٔ ۵۷۶ آئین دادرسی مدنی طرح قضیه را در هیئت عمومی دیوان عالی کشور درخواست نموده است.

فرجامخوانده ضمن لایحهٔ مشروحی درخواست استواری دادنامه را نموده است چون موضوع اصراری است، قابل طرح در هیئت عمومی است. در جلسهٔ هیئت عمومی آقای دادستان کل درخواست ابرام رأی فرجامخواسته را می‌نماید.

رأی اکثریت هیئت عمومی دیوان عالی کشور

اعتراض فرجامخواه بر حکم فرجامخواسته این است که اولا ورقهٔ مستند دعوا، هر چند رسمی است، ولی با اکراه و ارعاب از او گرفته شده و از این جهت بی اعتبار است.
ثانیاً در حکم مزبور نوشته شده که این قرارداد طبق مادهٔ ۱۰ قانون مدنی معتبر و لازم‌الاجرا است و حال آنکه بر خلاف مادهٔ ۱۱۶۷ قانون مزبور تنظیم یافته و مفاد آن بر خلاف نظم عمومی است.
این اعتراضات بر حکم فرجامخواسته وارد می‌باشد، زیرا فرجامخواه به پرداخت مخارج دو طفل مزبور که‌ام.وس. باشند، نیز تعهد نموده و مخارج آنها را طبق تعهد خود پرداخته و از اکراه و ارعاب خود تا قبل از اقامهٔ دعوا فرجامخوانده برای گرفتن شناسنامه سخنی به میان نیاورده، به علاوه قرارداد مزبور فقط دایر بر تعهد او به گرفتن شناسنامه برای دو نفر طفل مزبور و پرداخت مخارج آنهاست، بلکه فرجام خوانده هم در قبال این تعهد از تمام حقوق خود گذشت کرده و متعهد نگهداری آن‌ها نیز شده. بنابراین ادعای اکراه و ارعاب در تنظیم این قرارداد و بی اعتباری آن غیر موجه است. و ایراد به این‌که اجرای این تعهد بر خلاف نظم عمومی است نیز بی‌وجه می‌باشد، زیرا نداشتن شناسنامه بر خلاف نظم عمومی است، نه تعهد به گرفتن شناسنامه برای دو نفر که فاقد شناسنامه باشند. و طبق مادهٔ ۲۳۱ قانون مدنی که مورد استناد فرجامخواه در لایحهٔ اعتراض بر حکم فرجام خواسته نیز واقع گردیده، با عطف به مادهٔ ۱۹۶ همان قانون قرارداد طرفین ممکن است به نفع شخص ثالث که ام. و س. باشند، نیز واقع گردد و چون موضوع ادعای فرجامخوانده فقط الزام فرجامخواه به گرفتن شناسنامه برای دو نفر طفل مزبور است و موضوع مادهٔ ۱۱۶۷ قانون مدنی مورد ادعا و رسیدگی نبوده، این اعتراض نیز وارد نیست و بالجمله بر حکم فرجامخواسته اشکالی که مستلزم نقض آن باشد، به نظر نمی‌رسد و ابرام می‌شود».

فهرست تحلیلی عنوانها

صفحه

فهرست الفبایی و تحلیلی

عددها مربوط به شمارهٔ موضوع‌ها و عددهای داخل پرانتز مربوط به شمارهٔ خواندنیها است.

الف (همزه)

فهرست پاره‌ای از قوانین مورد استناد در این مجلد*

* – عددهای داخل پرانتز مربوط به شمارهٔ خواندنیها (قرائت و تمرین است).

مادة	شمارۀ موضوع
۱۲۴۲	۴۶۴ و ۴۹۷
۱۲۴۳	۴۹۰
۱۲۴۴	۴۵۸ و ۵۰۳ و ۵۲۵
۱۲۴۵	۵۰۳ و ۵۳۴
۱۲۴۷	۴۸۹
۱۲۴۸	۵۲۴ و ۵۲۵
۱۲۵۰	۴۰۴ و ۵۲۷
۱۲۵۱	۴۸۱ و ۵۲۵
۱۲۵۲	۴۸۱ و ۵۲۵
۱۲۵۳	۵۲۴
۱۲۵۹	۳۸۸
۱۲۶۰	۳۹۱
۱۲۶۱	۳۹۱
۱۲۶۹	۳۹۴
۱۲۷۲	۳۹۵
۱۲۷۳	۳۷۷ و ۳۹۳ و ۳۹۴ و ۳۹۶ تا ۳۹۹ و ۴۰۳ و ۴۱۰ و ۴۵۸
۱۲۷۶	۳۹۰ و ۳۹۳
۱۲۷۷	۳۸۸
۱۲۸۷	۳۷۳ و ۳۹۷ و ۳۹۹ و ۴۱۴
۱۲۹۲	۳۷۴
۱۳۰۹	۳۷۴
۱۳۱۲	۳۷۴ و ۳۷۵ و ۵۴۱
۱۳۲۲	۳۸۷
۱۳۲۳	۳۸۷
۱۳۲۴	۳۷۶

کتابنامه

فهرست منابعی که به اختصار از آنها یاد شده است

الف - فقه

اجاره: حاج میرزا حبیب الله رشتی، چاپ سنگی در یک مجلد.

ارشاد الاذهان: حسن بن سدید الدین معروف به «علامهٔ حلی»، چاپ سنگی.

الاشباه و النظایر: شیخ زین‌العابدین بن ابراهیم بن نجیم، معروف به «ابن نجیم» در یک مجلد، قاهره، ۱۹۶۸ میلادی، فقه حنفی

انتصار: ابوالقاسم سید مرتضی ملقب به «علم الهدی»، چاپ سنگی، دو جزء در یک مجلد.

ایضاح الفوائد فی شرح القواعد: شیخ ابی طالب محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر حلی معروف به «فخر المحققین»، چاپ سربی در چهار مجلد، قم، چاپخانهٔ علمی.

بلغة السالک لاقرب المسالک الی مذهب الامام مالک: شیخ احمد بن محمد الصاوی مالکی، شرح بر اقرب المسالک، نوشتهٔ احمد بن محمد بن احمد الدردیر، در دو مجلد مصر، ۱۳۷۲ هجری.

بلغة الفقیه: سید محمد آل بحر العلوم، با حواشی سید محمد تقی آل بحر العلوم، در چهار مجلد، نجف، ۱۳۹۶ هجری قمری.

تحریر الاحکام: علامهٔ حلی، چاپ سنگی، در یک مجلد .

تذکرة الفقهاء: علامهٔ حلی، چاپ سنگی، در دو مجلد .

تمهید القواعد: شهید ثانی، خطی در یک مجلد.

التنقیح الرائع فی مختصر الشرایع: فاضل مقداد (سیوری)، در چهار مجلد، قم، ۱۳۶۴.

جامع الشتات: حاج میرزا ابوالقاسم جیلانی معروف به «میرزاقمی»، مجموعهٔ فتاوا، چاپ سنگی خونساری، ۱۳۲۴ هجری قمری.

جامع المقاصد فی شرح القواعد: ابوالحسن علی بن حسین بن عبدالعالی عاملی کرکی، معروف

به «محقق ثانی» و «محقق کرکی»، چاپ سنگی در دو مجلد، تهران.
جوامع الفقهیة: ابن براج و ابن حمزه و جمعی دیگر از متقدمان در فقه، چاپ سنگی.
جواهر الکلام: شیخ محمد حسن نجفی، معروف به «صاحب جواهر»، چاپ سنگی خونساری، جلد متاجر و چاپ سربی، نجف و قم و تهران در ۴۳ مجلد.
حاشیة المکاسب: سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، چاپ سنگی در یک مجلد و چاپ سربی قم در دو مجلد.
حاشیة المکاسب: شیخ محمد حسین غروی اصفهانی، چاپ سنگی، افست در یک مجلد.
حاشیه بر عروة الوثقی: میرزا حسین نائینی، چاپ شده با اصل کتاب، صیدا، در دو مجلد.
حدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة: شیخ یوسف بحرانی با تعلیقات شیخ علی آخوندی، قم، جلد ۱۸ به بعد.
خلاصة الفتاوی: طاهر بن احمد بخاری، چاپ سنگی، در یک مجلد، دهلی.
خلاف: ابی جعفر محمد بن حسن طوسی، معروف به «شیخ طوسی»، چاپ سربی، قم، در سه مجلد.
رضاع: شیخ مرتضی انصاری، ضمیمهٔ مکاسب.
روضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة: زین الدین بن نور الدین عاملی، معروف به «شهید ثانی» چاپ سنگی عبدالرحیم در دو مجلد، چاپ خونساری در یک مجلد و چاپ سربی، نجف در ۸ مجلد با تعلیقات سید محمد کلانتر، متن کتاب (اللمعة الدمشقیة) نوشتهٔ محمد بن جمال الدین مکی العاملی، معروف به «شهید اول».
ریاض: سید علی طباطبایی، شرح بر مختصر نافع محقق، معروف به «شرح کبیر».
شرایع الاحکام: ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن حلی، معروف به «محقق»، چاپ سنگی افست (کتابچی) - ترجمه با شرح آن به فارسی در چهار مجلد بوسیلهٔ ابوالقاسم بن احمد یزدی، به کوشش دانش پژوه، انتشارات دانشگاه تهران - چاپ سربی در یک مجلد، با تعلیقات سید صادق شیرازی، افست از چاپ مؤسسه الوفاء بیروت، نشر دارالهدی، قم.
شرح الیاس: فقه حنفی، چاپ لاهور (سنگی)، ج ۳ و ۴ در یک مجلد.
شرح ارشاد: شیخ مرتضی انصاری، ضمیمهٔ مکاسب.
عروة الوثقی: سید محمد کاظم طباطبایی، در دو مجلد، صیدا، ۱۳۴۹ هجری - همچنین، ملحقات عروة الوثقی، جزء ۲ و ۳، تهران ۲۳۷۷ در یک مجلد.
عناوین: میر فتاح، چاپ سنگی، در یک مجلد.
غایة الآمال: شیخ محمد حسن مامقانی، چاپ سنگی، حاشیه بر مکاسب شیخ.

غنایم الایام: حاج میرزا ابوالقاسم جیلانی معروف به «میرزاقمی» خطی در یک مجلد.
فتاوی الکاملیة فی حوادث الطرابلسیة: شیخ محمد کامل بن مصطفی بن محمود طرابلسی حنفی، افغانستان در یک مجلد.
الفقه علی المذاهب الاربعة: عبدالرحمن جزیری، ج ۴، احوال شخصیه.
الفقه علی مذاهب الخمسه: محمد جواد مغنیه، چاپ هفتم، ۱۹۸۲.
قضاء:تقریرات حاج میرزا حبیب اللّه رشتی، خطی.
قواعد الاحکام: علامهٔ حلی، چاپ سنگی در یک مجلد.
قواعد الفقهیة: میرزا سید حسن بجنوردی، در ۷ مجلد، افست، قم.
قواعد فی فقه الاسلامی: عبدالرحمن بن رجب حنبلی، مصر، ۱۳۹۱ هجری در یک مجلد.
قوانین فقه اسلامی: دکتر صبحی محمصانی، در التزامات و عقود با مقایسه با قوانین جدید، ج ۲، ترجمهٔ جمال الدین جمالی (محلاتی)، تهران ۱۳۴۷.
کفایة الاحکام: محمد باقر بن محمد مؤمن سبزواری، چاپ سنگی، افست، در یک مجلد، اصفهان.
کنز العرفان فی فقه القرآن: جمال الدین مقداد بن عبداللّه السیوری، معروف به «فاضل مقداد» با تعلیقات شیخ محمد باقر شیرازی، دو جزء در یک مجلد، تهران ۱۳۴۳.
المبسوط: ابی جعفر محمد بن حسن بن علی طوسی، معروف به «شیخ طوسی» در ۸ مجلد، تهران، چاپخانهٔ حیدری.
مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان: مقدس اردبیلی (احمد)، قم، جامعة مدرسین حوزهٔ علمیه، چاپ سنگی در یک مجلد.
محاضرات فی عقد الزواج و آثاره: محمد ابوزهره، چاپ دوم، قاهره، ۱۳۹۱ هجری قمری.
مختصر النافع: محقق اول (حلی)، در یک مجلد، چاپ مصر، افست، قم.
مختلف الشیعة: علامهٔ حلی، چاپ سنگی شیخ احمد شیرازی در یک مجلد.
مسالک الافهام: شهید ثانی، شرح بر شرایع محقق، چاپ سنگی در دو مجلد.
مستند الشیعة: احمد بن محمد مهدی نراقی، در دو مجلد، چاپ سنگی، افست.
مصباح الفقاهة: حاج سید ابوالقاسم خوئی، ج ۲، چاپ نجف، حیدری.
المغنی: عبد اللّه بن احمد بن قدامه، معروف به «ابن قدامه» در فقه حنبلی و مقایسهٔ آن با سایرمذاهب، در ده مجلد، قاهره ۱۳۹۰ ببعد.
مفاتیح الشرایع: ملا محمد محسن فیض کاشانی، تحقیق سید مهدی رجایی، در سه مجلد، قم، ۱۴۰۱ هجری قمری.

مفتاح الکرامة: سید محمد جواد حسینی عاملی، ج ۵ و ۶ و ۷، چاپ مصر، ۱۳۲۶، شرح بر قواعد علامه.
مکاسب: حاج شیخ مرتضی انصاری، چاپ سنگی در یک مجلد، خط طاهر خوشنویس، تبریز، ۱۲۷۵.
مناهج المتقین: شیخ عبدالله مامقانی، چاپ سنگی در یک مجلد.
مناهل: سید محمد مجاهد، فرزند سید علی صاحب ریاض، چاپ سنگی در یک مجلد.
من لایحضره الفقیه: شیخ صدوق (ابن بابویه)، چاپ سربی، در چهار مجلد.
منیة الطالب: تقریرات میرزا حسین نائینی، نوشتهٔ شیخ موسی خونساری، شرح بر مکاسب، چاپ سنگی در دو مجلد، تهران، چاپخانهٔ حیدری.
نکاح: تقریرات حاج شیخ عبدالکریم حائری یزدی، نوشتهٔ میرزا محمود آشتیانی، چاپ سربی، چاپخانهٔ خراسان، مشهد.
نضد القواعد الفقهیة: فاضل مقداد(سیوری) تحقیق سید عبداللطیف کوهکمری، چاپ سربی، قم، خیام.
نهایة المقال فی تکملة غایة الآمال: عبدالله مامقانی فرزند شیخ محمد حسن، چاپ سنگی، در یک مجلد.

ب – حقوق مدنی

امامی (دکتر سید حسن): حقوق مدنی، ج ۱ و ۲، تهران، چاپ سوم.
جعفری لنگرودی (محمد جعفر): حقوق خانواده، تهران ۱۳۵۵.
شایگان (دکتر سید علی): حقوق مدنی ایران، ج ۱، اشخاص و خانواده، چاپ سوم، تهران ۱۳۲۴.
صفایی (سید حسین): درس حقوق خانواده، در دانشکدهٔ حقوق دانشگاه تهران، تهران پلی کپی، ۱۳۵۳؛ صفایی، امامی، حققو خانواده، ج ۱ و ۲، ۱۳۷۳-۱۳۷۴.
کاتوزیان (ناصر): اعمال حقوقی، ج ۱، چاپ ۱۴، تهران، ۱۳۸۹.
کاتوزیان (ناصر): حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱، ج دهم، تهران ۱۳۸۷.
کاتوزیان (ناصر): حقوق مدنی، عقود معین، ج ۲، تهران ۱۳۸۷.
کاتوزیان (ناصر): حقوق مدنی، عقود معین، ج ۴، تهران ۱۳۸۹.
کاتوزیان (ناصر): مسؤولیت مدنی، ج ۱ و ۲ تهران ۱۳۸۷.
کاتوزیان (ناصر): حقوق مدنی، خانواده، تهران ۱۳۵۷.
کاتوزیان (ناصر): قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ و ۲ و ۳، شرکت سهامی انتشار، تهران.

ج - فرهنگ‌ها، رویهٔ قضایی و سایر کتاب‌ها

راوندی (قطب الدین ابی الحسین سعید بن هبة الله): فقه القرآن، در دو مجلد با تحقیق سید احمد حسینی، چاپ دوم، تهران ۱۴۰۵ هجری قمری.
ابوالفتوح رازی: تفسیر قرآن کریم، تهران در ۵ مجلد.
اردبیلی (مقدس): زبدة البیان فی احکام القرآن، با تحقیق و تعلیقهٔ محمد باقر بهبودی، تهران، مکتب مرتضوی.
طبرسی (شیخ ابو علی الفضل بن حسن): مجمع البیان فی تفسیر القرآن، انتشارات معارف اسلامی در ده مجلد، با تعلیقات حاج سید هاشم رسولی محلاتی.
طریحی (شیخ فخر الدین): مجمع البحرین، تهران، از انتشارات مکتب مرتضوی.
طباطبایی (سید محمد حسین): المیزان فی تفسیر القرآن در ۲۰ جزء و در ۱۰ مجلد از انتشارات جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
طوسی (خواجه نصیر الدین): اخلاق ناصری، چاپ سنگی.
غزالی (محمد) ابی حامد: احیاء علوم الدین، چاپ سربی در شش مجلد، با مقدمه‌ای از محمد خضر حسین استاد مصری.
غزالی (محمد) ابی حامد: کیمیای سعادت، چاپ سربی، تهران.
فیض کاشانی (ملا محسن): محجة البیضاء فی تهذیب الاحیاء، چاپ دوم، انتشارات اسلامی.
کاتوزیان (ناصر): فلسفهٔ حقوق، ج ۱، پنجم ۱۳۸۸ ماهیت و تعریف حقوق.
کاتوزیان (ناصر): کلیات حقوق، چاپ سوم ۱۳۸۷.
کاتوزیان (ناصر): مقدمهٔ علم حقوق، چاپ هفتاد ۱۳۸۸.
کاتوزیان (ناصر): اعتبار امر قضاوت شده در امور مدنی، چاپ ششم، تهران ۱۳۸۳.
کاتوزیان (ناصر): تعارض قوانین در زمان، حقوق انتقالی، تهران ۱۳۵۵.
کیهان (آرشیو حقوقی): مجموعهٔ رویهٔ قضایی، آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور از ۱۳۲۷ تا ۱۳۴۲، ج ۲، آراء مدنی، تهران ۱۳۴۲.
متین (احمد): مجموعهٔ رویهٔ قضایی، قسمت حقوقی شامل نظریات دیوان عالی کشور از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰.
محسنی: اخلاق عالم آراء
هایز: آزادی فرد و قدرت دولت، ترجمه و نگارش دکتر محمود صناعی.

د - حقوق خارجی

۱ـ به زبان فرانسه

Aubry et Rau.- Cours de Droil Civil français, T.VII 7ᵉéd. par P.Esmein, 1962;T.IV. 6ᵉéd. par Bartin, 1942; T.XII, 5ᵉéd par Bartin, 1922.

Beudant (Charles). - Cours de Droit Civil français, 2ᵉéd. Publié par Robert Beudant et Paul Lerebours- Pigeonnière. T. III par Breton, 1936-1953.

Carbonnier (Jean). Droit Civil, 5ᵉéd. T.I, Paris, 1964.

Colin et Capitant. - Traité de Droit Civil Français, refondu par **Léon Julliot de la Morandière,** T.1, Paris, 1957.

Encyclopédie Juridique, Répértoire de Droit Civil, sous la direction de Verger et Ripert. 1951.

Demogue (René). Traité des obligations en général, T.II, Paris, 1924. T.V.1925

De Page (Henri). - Traité élémentaire de Droit Civil belge. Principes, Doctrine et Jurisprudence, T.I, 3ᵉéd. Bruxelles, 1962.

Duguit (léon). Traité de droit constitutionnel, 3ᵉéd , Paris 1927-1930.

Ghestin (Jacques). - Traité de Droit Civil , Les Obligations, Contrat, Paris, 1980.

Josserand (louis). - Cours de Droil Civil positif français, T.I, Paris, 1930.

Malaurie et Fulchiron . - La famille, 2ᵉéd. Paris, 2005.

Marty et Raynaud. - Droit Civil, T.I, 2ᵉ Volume les personnes, 2ᵉéd. Paris, 1967.

Mazeaud (Henri, Léon et Jean). Leçons de Droit Civil. T.I. 2ᵉ volume, famille et incapacités, 4ᵉéd. 1967.

Mazeaud et Tunc. - Traité théorique et pratique de la Responsabilité Civile, Délictuelle et Contractuelle 2ᵉéd, 4 Volumes, Paris, 1965-1983.

Planiol et Ripert . - Traité pratique de Droit Civil français, 2ᵉéd. T.I. par Savatier, 1952; T.II. par Rouast, 1952; T.VII par Gabolde, 1957.

Ripert et Boulanger . - Traité de Droit Civil d'après le traité de Planiol T.I. Paris, 1957: T.II, Paris, 1959.

Savatier. - Traité de la Responsabilité Civile en Droit Francais, 2 volumes, Paris 1951, et

sui.

Starck (Boris), - Droit Civil, Obligations, Paris, 1972.

Sirey - Recueil Général des lois et des arrêts, Paris, 1830 et sui.

Viney. (Geneviève). - Traité de Droit Civil, sous la direction de J.Ghestin, Les Obligations, La responsabilité: Condition , Paris, 1982.

Weill (Alex) - Droit Civil, les personne, la famille, les incapacités, preçis, Dalloz. 3[e]éd. 1972. Addendum, mise à jour , 1976.

۲ـ به زبان انگلیسی

Anson . - Law of Contract, 24th Edition , by A.G. Guest. Oxford, 1975.

Bromley. - Family Law, 5th Edition, London, 1976.

Calamari and Perillo.- The Law of Contracts 2th ed. West Publishing co 1977.

Cheshire and Fifoot.- Law of Contract, 8th Edition, London, 1972.

Clark (homer .H).- Law of domestic relations, west publishing Co. 1968. and Co. Boston and Toronto, 1976.

Cohen and Cohen . - Reading in jurisprudence and Legal Philosophy. 4th Printing.

Corbin (Arthur L.). - Contracts, T VI. B.

Foote, Levy and Sander - Cases and Materials on Family Law , 2th ed. Little Brown and Co. Boston and Toronto 1976.

Kessler and Gilmore . - Contracts, Cases and Materials, Second Edition. Littel Brown and Company , Boston and Toronto.

Paulsen (Monard G.). Wadlington (Walter) and Gobel (Juluis). Domestic relations, Cases and Materials, U.S.A.

IRANIAN CIVIL LAW

Family law

Volume II

Children
Relation Between Parents and Children

Revised and Expanded
Edition

by:
Dr. Nasser Katouzian
Professor of Law, University of Tehran

Enteshar Publication Co.
Tehran
2010